UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT DANS LE DROIT DES PAYS MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE ET CELUI DE LA GRÈCE

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 16 mai 1968

PAR

MARIOS PANAYOTOPOULOS

MEMBRES DU JURY :

Président de la Thèse : G. LYON-CAEN, Professeur

Suffragants { J. RIVERO, Professeur
G.-H. CAMERLYNCK, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1969

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41523704_0046

LE CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT DANS LE DROIT DES PAYS MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE ET CELUI DE LA GRÈCE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT DANS LE DROIT DES PAYS MEMBRES DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE ET CELUI DE LA GRÈCE

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 16 mai 1968

PAR

MARIOS PANAYOTOPOULOS

MEMBRES DU JURY :

Président de la Thèse : G. LYON-CAEN, Professeur

Suffragants { J. RIVERO, Professeur
G.-H. CAMERLYNCK, Professeur

LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1969

Principales abréviations

A.P.	Arrêt de l'Aréopage (Cour de cassation grecque)
B.A.G.	Bundesarbeitsgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch
Bull civ.	Bulletin des arrêts des Chambres civiles (Sect. civ., soc.) de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de la 1re ou 2e Section civile de la Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat
D.	Recueil Dalloz
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
E.E.D.	Revue de droit du travail
E.E.N.	Journal des juristes hellènes
ERMAK	Interprétation du Code civil grec (ouvrage édité sous forme de commentaires de chaque article du Code civil hellénique)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Inf. Chef d'Entr.	Informateur du Chef d'entreprise
J.C.P.	Jurisclasseur périodique, la semaine juridique
J.Z.	Juristenzeitung
J.O.	Journal officiel
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Loc. cit.	A l'endroit précité
MuSchG	Mutterschutzgesetz
Op. cit.	Ouvrage précité
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rev. tr. dr. civ. .	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
SscwerbeschG. .	Schwerbeschädigtengesetz

INTRODUCTION

Le travail humain et les problèmes qu'il pose sont au cœur de l'évolution du monde contemporain. La transformation des divers types de sociétés existant sur notre planète se fait en partant de ce problème et en prétendant lui donner une solution meilleure.

La réalité de tous les jours est pleine de conflits (individuels ou collectifs) ayant pour enjeu le travail et la répartition de ses produits. Il suffit de feuilleter la presse pour s'en convaincre.

Mais il est vrai que les conflits de travail ne révèlent qu'un des aspects du problème du travail humain en général; celui que les sociologues appellent la pathologie du travail. Tous les autres subsistent car un phénomène social, sous son aspect pathologique ne se présente aux yeux du chercheur que dans un angle déterminé et en donne une image partielle et parfois déformée.

Le travail humain et ses problèmes ne constituent pas seulement la partie principale de la réalité objective d'aujourd'hui, mais dominent aussi ce qu'on pourrait appeler la réalité subjective : le monde de la pensée et l'angoisse intellectuelle des individus et des groupes sociaux. Un témoignage de cette prédominance est fourni par le développement de la sociologie du travail comme discipline scientifique autonome. MM. les professeurs G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen rappellent à juste titre qu'« il faut se garder de jauger les relations du travail au seul gabarit du droit. Les réalités sociales parlent ici plus fort que les impératifs juridiques. Aussi la toile de fond du droit du travail est-elle constituée par une série de *sciences annexes* constitutives de la sociologie du travail » (1). La multiplication des instituts de recherches, des enquêtes sociologiques et des publications de livres concernant les problèmes de la sociologie du

(1) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, Précis Dalloz, 2e éd. 1967, n° 38, p. 34.

travail prouve l'importance que cette dernière a prise de nos jours (2) (3).

On pourrait dire en résumé que notre époque est caractérisée par la prise de conscience des problèmes que pose le travail humain et les divers aspects de ce phénomène : création de richesses, contrainte physique ou morale (4), d'une part et, d'autre part, caractère de force d'épanouissement de l'homme (5), et son caractère universel.

L'importance accrue que les problèmes du travail ont pris actuellement, donne à celui qui entreprend une étude ayant un rapport avec ces problèmes, un fort sentiment de responsabilité et de gravité.

Certes, le droit ne peut pas donner une solution fondamentale aux problèmes posés par le travail humain. Une telle solution est apportée par les principes d'organisation fondamentaux d'une société donnée qui ne sont pas les mêmes pour tous les types des sociétés contemporaines. Le droit a pour mission de concrétiser ces principes, et de faciliter le fonctionnement et le développement des rapports humains dans la société.

Néanmoins, un rôle assez important appartient au législateur et surtout à celui qui a mission d'appliquer le droit positif aux cas présentés par la vie réelle. Il est possible dans des systèmes de droit inspirés de principes identiques de proposer un éventail des solutions distinctes. La question se pose alors d'opérer un choix parmi ces dernières. Et auparavant, un problème plus important doit être résolu : celui des facteurs et des valeurs qui déterminent le choix. Car il s'agira d'un choix conscient que l'organe chargé d'appliquer le droit opèrera.

Une réalité apparaît aussitôt qui sera à la base du problème constituant le sujet de cette thèse : c'est le caractère « unilatéral »,

(2) G. Friedmann et P. Naville, Traité de sociologie du travail, 2e éd. 1964, avec une bibliographie abondante. Aussi P. Jaccard, Psycho-sociologie du travail, 1966; Scheuchzer, Der Factor Mensch in der Betriebswirtschaftslehre, thèse, Berne, 1957; Brethe de la Gressaye, Le droit et la sociologie du travail, Dr. soc. 1963.402; Durand, Droit du travail et sociologie industrielle. Sociologie du travail, 1963, p. 1.

(3) Le problème du contrôle judiciaire du licenciement présente un intérêt certain pour les sociologues du travail. Il se manifeste à eux sous l'angle du problème du *recours ouvrier* qui constitue un problème important, sujet de préoccupations pour les sociologues. En effet, la possibilité d'un recours ouvrier adressé à certains organes déterminés en cas de conflits individuels ou collectifs, constitue un élément considérable de la condition des travailleurs. En tant que tel, il a été étudié par les sociologues du travail (Delamotte, Le recours ouvrier : réflexions sur la signification psychologique des règles juridiques, Sociologie du travail 1961, p. 113 et s.; du même auteur, Le recours ouvrier dans une entreprise américaine, 1966).

(4) G. Friedmann et P. Naville, *op. cit.*, tome I, p. 24.

(5) Christian von Ferber, Arbeitsfreude, Wirklichkeit und Ideologie. Ein Beitrag zur Soziologie der Arbeit in der industriellen Gesellschaft, Stuttgart, 1959.

« inégalitaire » (6), certains disent « orienté » du droit du travail. Nous pourrions affirmer sans hésitation que cet élément constitue un des fils directeurs pour apprécier le contrôle judiciaire du licenciement.

Il serait faux d'affirmer que le rôle du juge dans le contrôle du licenciement est de caractère passif. Le juge ne se contente pas d'examiner d'une part la règle du droit existant, et d'autre part les faits, de soumettre les seconds à la règle de droit et d'en tirer des conclusions. Ce procédé constitue indéniablement la technique de son travail. Mais en notre matière, l'intervention du juge revêt un caractère plus poussé. En fait, il se trouve devant deux éléments qu'il lui faut concilier : d'un côté un ensemble de règles de droit qui se trouve en constante différenciation et de l'autre côté des cas d'espèces d'une variété extrême. Cette variété est normale parce que les relations du travail se trouvent en pleine évolution, tant du point de vue de leur forme que de leur contenu. Leur dynamisme et leurs métamorphoses constantes les conduisent très souvent à dépasser ou à déborder le cadre de la réglementation légale existante. Ce phénomène est beaucoup plus fréquent en droit du travail que dans les autres branches du droit.

Dans ce contexte, le caractère téléologique de l'intervention du juge s'accentue. Se trouvant devant des espèces qui ne sont pas encore tranchées ou qui ne peuvent plus l'être au moyen des règles de droit existantes, le juge doit faire appel à la finalité des règles existantes. Certes, il doit prendre en considération la finalité de la règle déterminée qui convient le mieux au cas d'espèce déterminé. Mais il ne faut jamais perdre de vue qu'à part les finalités particulières des diverses règles du droit du travail, ce dernier a une finalité fondamentale : *la protection des salariés*. Par conséquent, le contrôle judiciaire doit s'exercer dans cette direction. On insistera ici sur ce principe qui malgré l'unanimité de la doctrine en sa faveur et son acceptation par la jurisprudence paraît être méconnu par certaines décisions de cette dernière. Le caractère du droit du travail comme droit orienté vers la protection du salarié est admis aujourd'hui par la grande majorité de la doctrine (7). MM. les professeurs G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen y trouvent sa « raison d'être » (8) et l'expression d'un humanisme moderne. De plus en plus le droit du travail rompt avec le principe civiliste d'égalité contractuelle. Les mesures de faveur envers les salariés sont très fréquentes et le principe de

(6) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 26, p. 25.
(7) Brun et Galland, Droit du travail, Paris 1958, suppl. 1962, I-128, p. 169.
(8) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 26 et s., p. 24 et s.

réciprocité, fondamental en droit civil, ne se trouve pas toujours respecté par le droit du travail (9).

En Allemagne, le caractère de protection est reconnu par la grande majorité des auteurs. En mettant en relief le fait que le droit du travail s'est développé en raison de la nécessité sociale de protéger les travailleurs subordonnés (10), ils reconnaissent que le droit du travail se définit en premier lieu comme un *droit de protection du salarié (Arbeitnehmerschutzrecht)* au sens le plus large de ce terme (11).

A côté de ce qui a été appelé en Allemagne Sozialrechtliches Schutzprinzip (12), un devoir d'assistance (Fürsorgepflicht) est reconnu à la charge de l'employeur. Il a pour équivalent le devoir de fidélité (Treuepflicht) existant à la charge du salarié. Il fait naître des obligations concrètes. Ce système a l'avantage de clarifier la fonction de protection (Schutzfunktion) du droit du travail mais entraîne certains engagements à la charge du salarié (13).

Le caractère du droit du travail comme droit clairement orienté vers la protection des salariés est admis également par la doctrine hellénique (14).

Mais il faut bien rappeler qu'il y a des limites à cette fonction de protection du droit de travail. Ces limites sont posées par les principes d'organisation de la société mais surtout par les nécessités économiques. Le droit du travail est le terrain d'une constante opposition entre l'économique et le social. Cela est particulièrement clair à celui qui est chargé de la mission d'appliquer le droit du travail, parce que cette opposition se retrouve dans la presque totalité des cas pratiques qui lui sont soumis.

Nous avons insisté sur le caractère protecteur du droit du travail parce qu'il est particulièrement intéressant pour notre sujet. Nous n'avons pas voulu dire qu'il doit être le seul guide du juge. Ce serait schématique et pourrait le conduire à des erreurs. Les situations

(9) La loi française du 11 février 1958 sur la réforme du délai-congé en constitue un exemple.

(10) Das Arbeitsrecht ist aus der sozialen Schutzbedürftigkeit derjenigen Personnen erwachsen, die in abhängigen Arbeitsverhältnis stehen. KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht, 5° éd. Berlin 1957, § 1, I, 1.

(11) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7° éd. 1963, tome I, § 7, p. 26; les mêmes auteurs, Grundriss des Arbeitsrechts, 3° éd. 1965, § 5, p. 19; aussi, NIKISCH, Arbeitsrecht, tome I, 2° éd. 1959, § 5, p. 29.

(12) KASKEL-DERSCH, *op. cit.*, § 1, I, 2.

(13) En ce qui concerne les relations entre les notions de Fürsorgepflicht et de sozialrechtliches Schutzprinzip qui soulèvent certains problèmes théoriques, voir l'intéressant article de SIEBERT, Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht, RdA, 1958, p. 368.

(14) CAPODISTRIAS, *in* ERMAK, introduction aux commentaires des articles 648-680, n° 54.

sont trop complexes pour prétendre leur donner des solutions simplistes.

Nous avons voulu par le rappel de cette mission fondamentale du droit du travail indiquer l'orientation qui doit marquer l'action des organes chargés de son application. Hueck rappelle (15) à juste titre que celui qui interprète les dispositions incertaines doit toujours garder à l'esprit ce caractère du droit du travail qui a une grande importance pour l'application directe du droit positif.

Le contrôle judiciaire du licenciement est le domaine où le caractère protecteur du droit du travail se manifeste plus particulièrement. Le choix de notre sujet a été déterminé par cette constatation. En effet, c'est le contrôle judiciaire qui transpose dans les faits les restrictions aux droits de l'employeur, en arrivant ainsi à une protection du salarié. Pour cette raison, le contrôle judiciaire du licenciement est toujours un sujet d'actualité.

Après ces remarques d'ordre général, nous essayerons de situer le problème qui fait l'objet de notre étude dans le cadre du droit du travail. A cette fin, nous avons jugé nécessaire d'aborder trois points, quantitativement inégaux, dans la suite de notre introduction : premièrement, le licenciement comme catégorie juridique, deuxièmement, le principe du contrôle judiciaire du licenciement, sa fonction et son étendue, et troisièmement, l'utilité et la valeur du droit comparé en ce qui concerne l'étude de notre sujet.

I. — LE LICENCIEMENT COMME CATEGORIE JURIDIQUE

En matière juridique, il est toujours difficile de donner des définitions. La raison essentielle tient à ce que l'imagination la plus fertile ne peut pas remplacer la riche variété de la réalité, présente ou future. Néanmoins, les définitions et les classifications en catégories juridiques des phénomènes intéressant le droit, sont des procédés nécessaires à notre discipline.

L'effort que nous allons faire pour délimiter le licenciement comme catégorie juridique sera essentiel pour notre sujet. Il déterminera également ses frontières.

Le mot « licenciement » est très fréquemment utilisé dans le langage courant et son contenu est facilement perceptible. Les

(15) Dieser Charakter des Arbeitsrechts muss bei Auslegung zweifelhafter Bestimmungen stets im Auge behalten werden und ist somit auch für die unmittelbare Anwendung des positiven Rechts von grosser Bedeutung. HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, § 7, p. 27; adde, HERSCHEL, Die rechtliche Bedeutung schutzgesetzlicher Vorschriften im Arbeitsrecht, RdA, 1964, pp. 7 et 44.

ennuis commencent quand on veut déterminer son contenu juridique exact.

A vrai dire, le licenciement n'appartient pas au langage juridique traditionnel qui préfère l'expression de « résiliation unilatérale ». Mais, comme on aura l'occasion de le constater par la suite, la notion de « licenciement » a un contenu plus large que celle de « résiliation unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ». Par ailleurs, s'il est vrai que le licenciement est le résultat de la volonté de l'employeur, il n'en reste pas moins que cette volonté est plus ou moins contrainte dans un grand nombre de cas. Cette contrainte peut provenir soit de facteurs objectifs indépendants du champ d'action de l'employeur, soit de facteurs subjectifs concernant la personne même de l'employeur ou son entreprise. La question se pose alors de savoir quelle est la signafication juridique de cette contrainte. La rupture des rapports de travail qui en sera la conséquence sera-t-elle attribuée à la force majeure ?

A notre avis, on doit qualifier de licenciement *toute rupture des rapports de travail du fait de l'employeur.*

Nous pensons que, pour tracer les limites de la catégorie juridique du licenciement, il serait utile de voir les rapports de cette notion avec la *résiliation unilatérale* du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, avec le *non-renouvellement du contrat à durée déterminée, la nullité* du contrat de travail et, enfin, avec la notion de *force majeure.* C'est ce que nous essaierons de faire dans les pages qui suivent. Elles s'achèveront sur les notions qui équivalent au licenciement dans la terminologie juridique étrangère.

A. — Licenciement et résiliation unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

Ces deux notions qui appartiennent aux modes de cessation du contrat de travail, apparaissent à première vue comme synonymes. Cela n'est pas tout à fait vrai. Il existe des différences de deux ordres entre elles. L'une qu'on pourrait appeler différence qualitative et l'autre différence quantitative. La première est une différence d'essence entre les deux notions. Elle a été mise en lumière par M. le professeur G.H. Camerlynck, dans son article « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement » (16). Quand nous prononçons l'expression de « résiliation unilatérale », une image nous vient à l'esprit : celle d'un contractant lié par un contrat successif qui fait une déclaration

(16) J.C.P. 1958.I.1425.

de volonté à son cocontractant par laquelle il exprime le désir de ne plus être lié par ce contrat. En outre, quand nous prononçons l'expression de « licenciement », une autre image nous vient à l'esprit : celle d'un chef d'entreprise qui, par son fait, interdit à un de ses salariés l'accès au lieu de travail.

Bref, la notion de licenciement appartient au langage juridique de l'entreprise, tandis que la notion de résiliation unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est un concept du droit civil classique.

La deuxième différence concerne le contenu quantitatif de deux notions. Il nous est permis de penser que la notion de licenciement a un sens plus large que celle de résiliation unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. En fait, cette deuxième notion suppose l'existence, d'une part, d'un contrat de travail et, d'autre part, d'une déclaration de volonté de la part de l'employeur exprimant son désir de ne plus être lié par ce contrat.

Or, il est possible qu'un de ces deux éléments fasse défaut. Par exemple, il n'existe pas de contrat de travail valable liant l'employeur au salarié. Dans ce cas, on ne peut pas parler de résiliation unilatérale du contrat de travail puisque, par hypothèse, un tel contrat n'existe pas, soit qu'il n'ait jamais existé, soit que le contrat de travail existant soit frappé de nullité.

Il est également possible que le deuxième élément, c'est-à-dire la déclaration de volonté unilatérale de résiliation émanant de l'employeur, n'apparaisse pas clairement dans les circonstances de fait. Cette hypothèse n'est pas invraisemblable; au contraire, la jurisprudence française se trouve très fréquemment en face du problème de la détermination de l'auteur de la rupture du contrat de travail. Très souvent, il n'y a pas de déclaration de volonté unilatérale (même tacite) visant la résiliation du contrat de travail. Dans ce cas, les tribunaux s'efforcent d'attribuer à l'une des parties, sinon l'« initiative », au moins la « responsabilité » de la rupture. Pour ce faire, ils procèdent à une analyse des circonstances de l'espèce. Dans cette analyse, la recherche de la volonté expresse ou tacite de l'employeur joue le rôle principal. Mais si le résultat de cette recherche est négatif en ce qui concerne l'existence de la volonté de l'employeur et si, malgré tout, la responsabilité ou l'initiative de la rupture lui est attribuée, on ne pourra parler de « résiliation unilatérale » de sa part, mais on qualifiera ces cas de licenciement.

Il existe une autre différence essentielle entre ces deux notions. On ne peut parler de résiliation unilatérale que dans le cas de contrat de travail à durée indéterminée. En cas de contrat de travail à durée déterminée, la résiliation unilatérale n'est pas possible. Seule la procé-

dure de résiliation judiciaire est possible, en vertu de l'article 1184 du code civil, pour l'employeur qui désire se libérer prématurément de ses obligations. Mais il est bien évident que la rupture anticipée, de la part de l'employeur, du contrat de travail à durée déterminée, constitue bien un licenciement.

Autrement dit, la notion de licenciement contient, à la fois, la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée du fait de l'employeur et la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée qui résulte également de son fait.

De tout ceci, il ressort clairement que la notion de licenciement a un contenu plus étendu que celle de résiliation unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

C'est pour cette raison que nous proposons de définir le licenciement comme toute rupture *du fait* de l'employeur et non seulement *de sa volonté*.

Bien entendu, on ne peut pas qualifier de licenciement la démission du salarié. Ceci constitue la conséquence logique de la définition donnée ci-dessus. Toutefois, si en théorie les choses se présentent clairement, il n'en va pas de même en pratique. Très fréquemment, le juge est appelé à dire si, dans le cas d'espèce, il s'agit bien d'une démission ou d'un licenciement. C'est un problème important du droit de la rupture du contrat de travail. Ici nous n'avons pas à nous préoccuper du contrôle judiciaire de la démission du salarié. Nous verrons toutefois un aspect du contrôle judiciaire en cette matière, quand nous examinerons le problème de l'initiative de la rupture.

Le contrat de travail prend également fin par *contrarius consensus*. C'est une conséquence de la liberté contractuelle. Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas de licenciement. C'est par un commun accord entre le salarié et son employeur qu'il est mis fin au contrat de travail (17). Cette convention contraire peut être tacite (18). Mais des conflits individuels peuvent se produire en cette matière. On fera alors appel au juge qui dira s'il s'agit soit de licenciement, soit de démission du salarié. Nous n'examinerons pas l'action du juge sur ce terrain qui est hors de notre sujet. Il faut toutefois signaler que la cessation du contrat de travail par *contrarius consensus* présente un intérêt pratique très restreint (19).

(17) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 1963, § 35, p. 528 et la bibliographie qui y est citée; Capodistrias, *in* Ermak, introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 2 et s.

(18) Cass. soc. 2 mai 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 341.

(19) Sur la résolution judiciaire voir *infra* 2e partie, ch. 2e, sous-sect. 1.

B. — Licenciement et non-renouvellement du contrat de travail à durée déterminée.

En général, le contrat de travail à durée déterminée prend automatiquement fin à l'arrivée du terme convenu. Dans ce cas, on ne peut donc parler de licenciement. Mais, en pratique, la cessation du contrat de travail à durée déterminée soulève plusieurs problèmes. Ces problèmes découlent du renforcement de la protection des travailleurs contre le licenciement par diverses mesures (préavis, indemnité de licenciement, indemnité pour rupture abusive) qui n'opèrent pas en cas de contrat à durée déterminée. Aussi, l'employeur a parfois intérêt à conclure des contrats de ce genre ; en procédant à des renouvellements successifs de ce contrat, il peut bénéficier des services continus du salarié tout en évitant les inconvénients résultant des restrictions à la liberté de licenciement en ce qui concerne le contrat de travail à durée indéterminée.

La jurisprudence a réagi contre ces procédés qui risquaient de neutraliser les mesures de protection des salariés contre le licenciement (20). La réaction s'est manifestée sur deux terrains. En premier lieu, sur celui de *la qualification* du contrat de travail comme étant à durée déterminée ou indéterminée; en second lieu, sur celui de *l'assimilation du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée à un licenciement.* Cette double réaction jurisprudentielle vise à atteindre le même but : apporter au salarié lié à son employeur par un contrat de travail à durée déterminée une protection contre la précarité de l'emploi. La jurisprudence française essaie à cette fin de transposer dans le domaine du contrat à durée déterminée l'obligation de préavis, d'indemnité de licenciement et l'application de la théorie de la rupture abusive (21). Certes, en cas de contrat à durée déterminée, le salarié est avisé à temps de la précarité de son emploi. Mais, comme le remarque à juste titre M. le professeur G.H. Camerlynck dans son article précité, « *il ne suffit pas que le travailleur soit averti de la précarité d'un emploi pour le priver des garanties légales prévues pour protéger contre cette précarité même* ».

Comme nous l'avons signalé précédemment, la jurisprudence française utilise deux méthodes pour satisfaire à cette nécessité. La première est indirecte et consiste en *un contrôle de la qualification* du contrat de travail.

(20) Pour l'évolution de la jurisprudence sur cette question, voir la note du professeur A. Rouast, sous Cass. soc. 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961, p. 250 et s. ; aussi Brun et Galland, II-272, p. 87, suppl. 1962.

(21) Camerlynck, De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée, J.C.P. 1961.I.1655.

Si le contrat fixe un terme précis et non équivoque comme moment de cessation du contrat de travail, celui-ci est à durée déterminée (22). Ici le juge ne peut pas intervenir puisque la volonté des parties est claire et n'a pas besoin d'être interprétée.

Mais, en pratique, les choses ne sont pas toujours aussi claires. L'engagement pour la durée du chantier (23), pour la durée de représentation d'une pièce théâtrale (24) et autres formules de contrat sont assez fréquentes. Ici la qualification du contrat joue un grand rôle en ce qui concerne sa rupture (25). S'il est qualifié de contrat à durée indéterminée, sa rupture du fait de l'employeur est un licenciement et le salarié a droit au préavis, à l'indemnité de licenciement et éventuellement à des dommages-intérêt pour rupture abusive. Si, au contraire, il est qualifié de contrat à durée déterminée, il prend automatiquement fin à l'arrivée du terme convenu et il ne peut pas être question de licenciement.

Nous constatons donc que le contrôle judiciaire de la qualification du contrat (26) conduit directement à décider si sa rupture constitue ou non un licenciement. Il va de soi que si la rupture d'un tel contrat provient du fait du salarié, il ne s'agit pas d'un licenciement.

Cet aspect du contrôle judiciaire n'intéresse qu'indirectement, et par voie de conséquence, le contrôle judiciaire du licenciement, car son enjeu est la qualification du contrat du point de vue de sa durée. Mais, il n'en reste pas moins, que l'importance de ce contrôle est très considérable pour la sécurité de l'emploi. La réponse du juge à la question de savoir si un contrat de travail est à durée déterminée ou indéterminée a des conséquences directes sur le contrôle judiciaire de licenciement proprement dit. Nous n'examinerons pas ici le contrôle judiciaire de la qualification du contrat de travail puisqu'il se situe hors de notre sujet. Nous signalons toutefois ses incidences directes et déterminantes en ce qui concerne le contrôle judiciaire du licenciement.

(22) Cass. soc. 15 février 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 114; 22 mars 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 227.

(23) Cass. soc. 12 janvier 1961, Inf. Chef d'Entr. 1961, p. 404; Cass. soc. 16 mai 1961, J.C.P. 1961.II.12282, note C.M.

(24) Cass. soc. 9 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 140; 8 décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 754.

(25) Cass. soc. 11 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 366; 31 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 227; 3 février 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 71; 8 janvier 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 12.

(26) Voir pour cette question la note de G.-H. Camerlynck sous Cass. soc. 14 novembre 1963, J.C.P. 1964.II.13471 ; également les notes de P. Bizière sous Paris 20 mars 1962, J.C.P. 1962.II.12672 et B.P. sous Paris 24 novembre 1961, J.C.P. 1962.II.12632 ; adde : Saramito, Le contrat de travail à durée déterminée, Dr. ouvr. 1966, p. 227.

Mais la jurisprudence française offre un aspect qui intéresse particulièrement la définition du licenciement comme catégorie juridique.

Parfois, le caractère déterminé de la durée d'un contrat de travail ne peut être mis en cause. L'employeur se contente alors de ne pas renouveler ledit contrat arrivé à son terme. Ici, du point de vue strictement civiliste, on ne pourrait qualifier ce non-renouvellement de licenciement car le contrat prend automatiquement fin à l'arrivée du terme convenu. Depuis 1960, la Cour de cassation assimile à un licenciement le non-renouvellement d'un contrat de travail plusieurs fois reconduit dans le passé (27). Cette jurisprudence, approuvée par la doctrine, a été confirmée par un arrêt relativement récent de la même chambre sociale de la Cour de cassation (28). Il s'agissait d'un ouvrier ancien, titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié à la suite d'une grève et de la fermeture temporaire de l'usine, mais, *réembauché*, lors de la réouverture de celle-ci, par *lettres se succédant sans interruption pour des périodes déterminées*. L'employeur l'ayant prévenu que son dernier contrat ne serait pas renouvelé comme d'habitude, il a saisi la justice d'une demande en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et de dommages-intérêts pour rupture abusive. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel l'ayant débouté de sa demande au seul motif qu'il avait été engagé par le dernier contrat pour une durée déterminée qui était expirée, sans répondre au moyen selon lequel cet ouvrier pouvait compter sur la continuation promise et devenue habituelle des renouvellements des contrats de courte durée, imposés contrairement à l'usage local, et qu'il était resté en réalité dans la même situation que s'il avait été lié par un contrat à durée indéterminée.

Il faut remarquer que la Chambre sociale fonde son raisonnement juridique sur un accord tacite résultant du fait des renouvellements habituels antérieurs du contrat. Ce raisonnement est proche de celui d'un autre arrêt antérieur de la même Cour de cassation mis en lumière par M. le professeur G.H. Camerlynck dans son article précité (29). Il s'agissait là également (30) d'un contrat de travail à durée déterminée, reconduit dans le passé et qui, parvenu à son terme, n'a pas été reconduit de nouveau. La Cour de cassation a condamné l'employeur au paiement de dommages-intérêts, considérant comme abusive, parce qu'entachée d'une légèreté blâmable, la simple abstention de reconduction du contrat. En l'espèce, il n'existait pas

(27) Cass. soc. 17 mars 1960, J.C.P. 1960.II.11666, note G.-H. Camerlynck; 23 octobre 1963, J.C.P. 1963.II.13436; 17 juin 1964, J.C.P. 1964.II.13798, note G.H.C.
(28) 3 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 145.
(29) J.C.P. 1961.I.1965.
(30) Cass. soc. 18 juillet 1961, J.C.P. 1961.II.12317; Inf. Chef d'Entr. 1962, p. 514.

de motifs sérieux de non-renouvellement mais une simple inimitié du directeur général vis-à-vis d'un employé au service de la société depuis vingt-huit ans. L'arrêt de la Chambre sociale du 3 mai 1962 (31) est dans le même sens.

Une autre décision de la Cour de cassation (32) aborde la même question, en lui apportant une solution semblable à celle des arrêts précédemment cités; mais elle examine le problème sous un angle un peu différent. La Cour suprême affirme que n'est pas légalement justifié l'arrêt qui, *tout en constatant la brusquerie de la rupture* du contrat du travail d'un salarié et le dommage qui en était résulté pour l'intéressé, le déboute de sa demande en dommages-intérêts « pour rupture abusive », au motif *qu'il n'y avait pas eu rupture anticipée de son contrat venu à l'expiration au terme fixé,* et qu'il aurait dû présenter sa demande « sous une autre qualification » en la fondant sur le préjudice subi par lui à la suite d'agissements de son employeur en cours d'exécution de son contrat; la Cour de cassation considère, en effet, que la Cour d'appel a donné aux termes « rupture abusive » un sens strict qu'ils n'avaient pas en l'espèce.

Dans un récent arrêt (33), la Cour suprême utilise à ces mêmes fins la théorie de la fraude à la loi : « attendu que les juges du fond... relèvent que, dans l'espèce, la pratique de contrats successifs à durée déterminée de un ou deux mois n'avait été qu'un moyen pour l'employeur de tenter de se soustraire à l'obligation du préavis... ». Dans cette espèce, la Cour d'appel a estimé que ces contrats successifs devaient être considérés comme constituant un seul contrat mais conclu *pour une durée indéterminée* et que l'employeur devait, en conséquence, observer le préavis. Elle a été approuvée par la Cour de cassation en ces termes : « en déduisant que *pour déjouer cette fraude,* Caprino (le salarié) devait être considéré comme lié à la société ... par un contrat à durée indéterminée... la Cour d'appel a donné une base légale à sa décision ».

Cette jurisprudence, dont la cohérence et la continuité sont incontestables, marque un élargissement de la notion de licenciement au domaine du contrat de travail à durée déterminée.

Le souci de limiter les incidences défavorables du contrat de travail à durée déterminée sur la sécurité de l'emploi, se manifeste également dans les autres droits européens. Ils adoptent des mesures en vue soit de limiter le champ d'application du contrat à durée

(31) Bull. civ. 1962, IV, p. 307; J.C.P. 1962, II, 12743; Inf. Chef d'Entr. 1962, p. 764.
(32) Soc. 22 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 345.
(33) Cass. soc. 23 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 735.

déterminée, soit de considérer son non-renouvellement comme un licenciement. Le contrôle judiciaire joue un rôle considérable dans ce domaine.

En droit belge, la clause limitant dans le temps la durée d'un contrat de travail ou d'un contrat d'emploi doit être stipulée par écrit sous peine d'inexistence (34).

En droit italien, lorsque la durée du contrat ne découle pas du caractère spécial de ce dernier (par exemple : travaux saisonniers, etc.), la clause relative à la durée doit, sous peine de nullité, être stipulée par écrit. Si cette condition fait défaut le contrat est considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée (art. 2097, alinéa 1, Code civil). Toutefois, si la limitation de la durée a pour but d'éluder les dispositions concernant le contrat à durée indéterminée (en particulier les règles du préavis et de l'indemnité de licenciement), la clause relative à la durée du contrat, même si elle est stipulée par écrit, est nulle et le contrat est considéré comme étant de durée indéterminée (art. 2097, alinéa 2, Code civil). Certes, le travailleur supporte la charge de la preuve. Mais il lui suffit de prouver que la limitation de la durée contractuelle n'est pas justifiée par le caractère spécial du contrat, pour fonder une présomption de fraude à la loi, rejetant ainsi sur l'employeur la charge d'apporter la preuve contraire (35).

Le droit néerlandais applique en cas de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée reconduit plusieurs fois, les règles concernant le préavis et le licenciement applicables au contrat à durée indéterminée (36).

En Allemagne, c'est au moyen du contrôle judiciaire qu'on est arrivé à la construction d'une théorie visant à protéger les salariés contre la conclusion des contrats à durée déterminée, renouvelables chaque fois qu'ils arrivent à leur terme (contrats de travail en chaîne, Kettenarbeitsverträgen).

La loi du 10 août 1951 (KSchG) s'applique seulement en cas de cessation de la relation de travail au moyen de la résiliation unilatérale. Elle ne s'applique pas en cas de cessation pour une autre cause comme l'arrivée du terme en cas de contrat à durée déterminée. Donc, ceux qui voulaient se soustraire à l'application de cette loi ont conclu plusieurs contrats à durée déterminée dont chacun com-

(34) Horion, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, pp. 139 et 143; du même auteur, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., p. 200.

(35) Mengoni, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 256.

(36) Molenaar, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., p. 299.

mençait dès que la durée du contrat précédant venait d'expirer. La jurisprudence a considéré ce genre de contrat comme constituant un contrat unique à durée indéterminée, dont le non-renouvellement était assimilé à un licenciement sur lequel les dispositions de la loi du 10 août 1951 trouvaient application (37). Toutefois, ces conventions étaient valables si des raisons économiques ou sociales particulières leur apportaient un fondement juridique légitime.

Cette solution est approuvée par la doctrine et appliquée constamment par la jurisprudence. Mais, si tous sont unanimes sur les solutions pratiques, il n'en va pas de même en ce qui concerne leur fondement juridique. Hueck soutient que la conclusion d'un Kettenarbeitsvertrag se heurte au devoir d'assistance de l'employeur (38). La jurisprudence allemande après avoir été d'accord avec ce fondement théorique a abandonné dernièrement cette conception tout en maintenant les mêmes résultats pratiques. Elle considère actuellement que la conclusion d'un Kettenarbeitsvertrag constitue une fraude à la loi pour l'établissement de laquelle l'élément subjectif n'est pas nécessaire : il suffit de son caractère objectivement antifonctionnel (objective Funktionswidrigkeit). D'autres auteurs ont soutenu des théories qui leur sont propres (39).

En dehors de ces questions théoriques, qui parfois ont des incidences pratiques, il faut retenir qu'en Allemagne le contrôle judiciaire a procédé, sur ce point, à un élargissement de la notion de licenciement. Il a abouti à ce résultat en considérant les Kettenarbeitsverträgen comme des contrats dont la durée était indéterminée. Après cette qualification, leur cessation n'était plus due à l'arrivée du terme, mais à la volonté de l'employeur de ne pas renouveler, volonté assimilée à une dénonciation.

En Grèce, le contrôle judiciaire relatif au non-renouvellement du contrat de travail à durée déterminée s'exerce sur deux terrains. En premier lieu, sur celui de la qualification d'un contrat donné du point de vue du caractère déterminé ou non de sa durée (40). Le contrôle est déterminant sur le point de savoir si le contrat est expiré par arrivée à son terme ou s'il s'agit d'un licenciement prononcé par l'employeur.

(37) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 1, n° 24, p. 60.

(38) Hueck, Kettenverträge, RdA 1953, p. 85; du même auteur, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift für Appelt, 1958, p. 65; aussi Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 673.

(39) Pour l'exposé de toutes ces conceptions ainsi que des indications bibliographiques et jurisprudentielles voir Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 535 et s.

(40) A.P. n° 103/1967, E.E.D. 1967, p. 604; 461/1966, E.E.D. 1966, p. 1398; 329/1966, E.E.D. 1966, p. 979; 306/1966, E.E.D. 1966, p. 917; 36/1966, E.E.D. 1966, p. 335; 492/1964, E.E.D. 1964, p. 1032.

En second lieu, un contrôle judiciaire s'exerce au moyen de l'article 8, alinéa 3, de la loi n° 2112/1920. Cette disposition stipule que la loi n° 2112/1920 (41), qui s'applique au contrat de travail à durée indéterminée, trouve application en cas de contrat à durée déterminée si les conditions suivantes sont réunies : *a*) la fixation d'une durée déterminée n'est pas justifiée par la nature du contrat et *b*) cette fixation est faite afin d'éluder l'application des dispositions protectrices de la loi. Il faut que ces deux conditions soient réunies pour que la loi n° 2112/1920 trouve application au contrat en question.

On s'aperçoit que la première condition est objective et la seconde subjective car elle concerne la volonté des parties (42).

Cette disposition a donné lieu au développement d'un important contrôle judiciaire. Le juge, en examinant le contrat en question, dira si la fixation d'un terme était justifiée par la nature dudit contrat. C'est une appréciation objective soumise au contrôle de la Cour de cassation. Si le juge aboutit à la conclusion qu'il ne doit pas considérer la fixation du terme comme justifiée par la nature du contrat, il examinera si le terme a été fixé pour faire échec à l'application des dispositions de la loi concernant la résiliation d'un contrat à durée indéterminée. Ici, la décision du juge du fond n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation, car elle concerne une question de fait et non une question de droit (43). Si la réponse à cette deuxième question est affirmative, le juge aboutira à l'assimilation du non-renouvellement dudit contrat à un véritable licenciement et il appliquera les dispositions légales concernant ce dernier.

Cet article 8 de la loi n° 2112/1920, appliqué par la jurisprudence dans le sens sommairement décrit ci-dessus (44), élargit la notion du licenciement en considérant comme tel le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée sous certaines conditions.

Le seul fait qu'un contrat de travail ait été renouvelé plusieurs fois ne suffit pas à le transformer en un contrat de travail à durée indéterminée du point de vue de sa résiliation. Il faut, en plus, qu'une intention de l'employeur de faire échec aux dispositions protectrices des salariés en cas de licenciement soit relevée. Sans doute, ces renouvellements constituent une forte présomption de l'intention de l'employeur, mais le juge doit constater dans sa décision le second élé-

(41) Principale loi concernant le licenciement.

(42) Vassiliou, Le contrôle de la Cour de cassation concernant la fraude à la loi n° 2112/1920, E.E.D. 1960, p. 633 et s.

(43) Capodistrias, Ermak, article 669, n° 27 et s.; Vassiliou, article précité.

(44) A.P. n° 429/1967, E.E.D. 1967, p. 987; 646/1966, E.E.D. 1967, p. 226; 784/1964, E.E.D. 1965, p. 268; 404/1963, E.E.D. 1963, p. 1051; 159/1963, E.E.D. 1963, p. 542; 12/1962, E.E.D. 1962, p. 213; 602/1961, E.E.D. 1962, p. 32; 568/1961, E.E.D. 1961, p. 1510; A.P. Ch. Réunies, n° 562/1961, E.E.D. 1961, p. 1376; A.P. n° 280/1960, E.E.D. 1960, p .642.

ment (45). En pratique, le fait que le contrat ait été reconduit plusieurs fois est très important aux yeux du juge comme il apparaît dans une des dernières décisions de l'Aréopage (46).

Nous avons constaté que tous les droits des pays de la C.E.E. opèrent un élargissement de la notion de licenciement au détriment de la technique de la cessation du contrat de travail à durée déterminée par l'arrivée du terme. La Grèce et l'Italie exigent que la fixation d'un terme au contrat soit imposée par la nature de celui-ci et font appel à la théorie de la fraude à la loi. La jurisprudence allemande se fonde sur des concepts analogues pour aboutir aux mêmes solutions. La constatation essentielle est que tous ces droits aboutissent, par des voies différentes, à des résultats pratiques à peu près identiques. Mais les solutions françaises ont le mérite incontestable d'une plus grande souplesse.

C. — Licenciement et nullité du contrat de travail.

La nullité du contrat de travail pose des problèmes qui touchent le fond même du droit de travail. Elle a donné l'occasion à la formation de la théorie de la relation de travail sur laquelle on a voulu fonder le droit du travail pour couvrir les rapports de travail se situant hors du domaine du contrat. Ces questions, tant discutées et tant débattues, ne nous intéressent pas ici. Ce que nous examinerons c'est l'incidence de la nullité du contrat de travail sur la notion de licenciement. Autrement dit, nous essayerons de répondre à la question de savoir si la rupture par l'employeur d'un rapport de travail fondé sur un contrat nul, constitue ou non un licenciement.

Il est aujourd'hui admis que la nullité du contrat de travail n'agit pas rétroactivement. Même si le travail fourni a été fait sur la base d'un contrat nul, l'employeur doit verser le salaire (47), sauf dans l'hypothèse où l'objet ou la cause seraient immoraux (48). Le salarié bénéficie également de l'application de la législation sur les accidents du travail (49). Toutefois, ces solutions concernent les rapports des parties antérieurement à la rupture du contrat nul. Mais comment faut-il qualifier cette rupture ?

(45) Capodistrias, Contrats de travail à durée déterminée consécutifs, E.E.D. 1957, p. 1025.

(46) A.P. n° 646/1966 précitée.

(47) Cass. soc. 1er mars 1961, Dr. soc. 1961.483, note J. Savatier; note Ph. Malaurie, sous Cass. soc. 8 avril 1957, D. 1958.221.

(48) Cass. soc. 8 janvier 1964, J.C.P. 1964.II.13546; D. 1964.267; Dr. soc. 1964.578, note J. Savatier.

(49) Cass. soc. 23 février 1960, Gaz. Pal. 1960.1.327; 29 octobre 1953, Bull. civ. 1953, IV, p. 473; S. 1954.1.152.

A ce point de vue, il y a eu une longue évolution jurisprudentielle et des opinions différentes en doctrine.

Du point de vue du droit civil l'emploi du salarié doit cesser pour l'avenir, car la poursuite de son exécution (de la relation de travail) ne saurait se fonder sur un engagement dont la nullité vient de se révéler. « *Cette rupture n'est point consécutive à la décision unilatérale de l'une ou l'autre partie de mettre fin au contrat, mais résulte de la viciation initiale du contrat* » (50). On ne peut donc pas, d'après cette doctrine, parler de licenciement. L'employeur peut prendre acte de la nullité, quand il le veut, avec la seule obligation de payer les salaires échus. Il ne doit pas notamment l'indemnité de préavis. Telle était la jurisprudence antérieure (51).

Cette position doctrinale et jurisprudentielle posait des problèmes difficiles à propos des autres indemnités de rupture et notamment de l'indemnité de licenciement (52), et de l'indemnité compensatrice des congés payés (53). Mais ces questions sont à la marge du problème de la qualification de la rupture par l'employeur d'un contrat de travail nul.

Sur ce plan doctrinal, la jurisprudence ne s'est pas prononcée, à notre connaissance. Elle se prononce toujours sur des demandes formulées par le salarié concernant les diverses indemnités de rupture. Les décisions de la jurisprudence les plus significatives pour notre problème sont celles qui répondent aux demandes de l'indemnité de préavis. La nature de cette dernière nous révèle la conception sous-jacente de la jurisprudence sur la qualification de la rupture des rapports de travail fondés sur un contrat nul. L'acceptation progressive par la jurisprudence de l'indemnité de préavis en la matière ne peut que témoigner du changement progressif de ses conceptions doctrinales sur la qualification de la rupture par l'employeur d'un contrat de travail nul. Or, la jurisprudence a considérablement évolué sur la question depuis les arrêts de 1938 et 1946 précités.

La doctrine était divisée sur cette question. M. Freyria (54) soutenait que « le départ de l'entreprise doit être immédiat » que le salarié « doit le quitter (son emploi) séance tenante, sans qu'il soit question du respect, par le chef d'entreprise, d'un délai de préavis » et que « l'indemnité pour brusque rupture doit faire l'objet d'un refus

(50) Freyria, Nullité du contrat de travail et relation du travail, Dr. soc. 1960.625.

(51) Cass. civ. 23 mars 1938, Inf. Chef d'Entr. 1938.549; 12 février 1946, D. 1946.239; Gaz. Pal. 1946.1.145; obs. Carbonnier, Rev. trim. dr. civ. 1946.135; Durand et Vitu, tome II, n° 78, p. 148.

(52) Freyria, *op. cit.*, p. 627.

(53) Freyria, *op. cit.*, p. 626.

(54) *Op. cit.*, p. 625.

symétrique ». MM. Rivero et Savatier (55) ont une opinion semblable. Au contraire, MM. Brun et Galland (56) pensent qu'il serait équitable de faire appel, conformément à la tendance contemporaine, à la notion de relation de travail pour atténuer, comme pour les salaires, la rigueur de cette solution logique. M. Camerlynck (57) soutient également que « le même souci de protection du travailleur, du seul fait de son appartenance à une entreprise, conduit à lui accorder en principe le bénéfice du délai-congé ou à défaut l'indemnité de préavis ».

Depuis l'arrêt de 1946, la jurisprudence n'a pas réaffirmé d'une façon aussi catégorique le refus du bénéfice du préavis au salarié lié à son employeur par un contrat de travail nul. Elle passait la question sous silence tout en rendant des arrêts marqués d'ambiguïté et parfois de contradiction au sujet des autres indemnités de rupture (58).

Mais depuis 1961 un processus d'évolution jurisprudentielle est amorcé. Dans son arrêt du 1er mars 1961 (59) la Cour de cassation affirme que « si un contrat nul ne pouvait produire aucun effet, les parties au cas où il a été exécuté doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient auparavant compte tenu des prestations de chacune d'elles et de l'avantage qu'elles en ont retiré » les juges ont pu décider que les employeurs étaient tenus envers leur salarié « *des obligations analogues à celles résultant d'un contrat de travail* ». La dernière phrase de cette décision est significative. Un arrêt ultérieur de la Chambre sociale (60) accorde une indemnité compensatrice de préavis à un employé étranger congédié au seul motif que sa carte de travail était périmée depuis trois jours. Certes, cette espèce était particulièrement favorable au salarié car il avait demandé le renouvellement de sa carte antérieurement à son licenciement et le récépissé à lui délivré lors du dépôt de sa demande tenait lieu d'autorisation provisoire pour l'exercice de sa profession.

Une décision récente de la Cour suprême (61) marque un nouveau stade dans cette évolution jurisprudentielle. Il s'agissait d'un ouvrier étranger titulaire d'une carte de travail portant la mention « Métallurgie » et embauché comme maçon. Son contrat était donc frappé d'une nullité d'ordre public. Il a été congédié sans préavis, à la suite

(55) Droit du travail, 4e éd. 1966, p. 354.
(56) Droit du travail, II-282, p. 554.
(57) Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 71.
(58) Cass. soc. 9 juin 1955, Bull. civ. 1955, IV, p. 384; 20 juin 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 576; 30 janvier 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 138; toutefois, Cass. soc. 25 novembre 1960, Bull. civ. 1960, p. 831 mais avec des particularités d'espèce.
(59) Cass. soc. 1er mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 216.
(60) 6 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 177.
(61) Cass. soc. 9 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 131; Dr. soc. 1966.426, obs. J. Savatier.

d'un contrôle de l'Inspection du travail. Les juges du fond ont condamné l'employeur à payer l'indemnité de préavis. L'employeur a formé un pourvoi en cassation en soutenant, d'une part, que le contrat de travail se trouvait entaché d'une nullité d'ordre public, dont toute personne intéressée et, *au premier chef, son employeur était en droit de se prévaloir* et, d'autre part, que la rupture du contrat était due au fait du prince. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et a confirmé la condamnation de l'employeur au versement de l'indemnité de préavis. Voici son attendu essentiel : « Attendu que les juges du fond ont estimé, à bon droit, que l'employeur qui avait commis une infraction à la loi pénale et qui avait bénéficié du travail de l'ouvrier irrégulièrement embauché par lui devait, au moment de son congédiement, et *nonobstant la nullité d'ordre public du contrat* conclu en violation des dispositions légales relatives au travail des étrangers en France, lui payer, en sus de ses salaires, *toutes autres indemnités découlant des rapports de travail* afin de réparer le préjudice subi par lui du chef de la nullité du contrat, nullité imputable à l'employeur ». Cet arrêt assimile clairement à un licenciement la rupture par l'employeur des rapports de travail fondés sur un contrat entaché de nullité même quand cette dernière a un caractère d'ordre public. Cette assimilation résulte de l'affirmation que l'employeur doit payer au salarié « en sus de ses salaires, *toutes autres indemnités découlant des rapports de travail* ». Etant donné qu'en France, la rupture d'un contrat de travail du fait de l'employeur n'a comme sanction éventuelle que le paiement par lui de diverses indemnités de rupture, l'obligation de verser ces mêmes indemnités dans le cas de la rupture d'un contrat nul *ne laisse subsister, sur le plan pratique, aucune différence entre la rupture par l'employeur d'un contrat valable (licenciement) et celle d'un contrat nul.*

Toutefois, malgré cette identité de résultats pratiques, le fondement juridique de l'obligation de l'employeur au paiement des indemnités de rupture est différent en cas de contrat valable et en cas de contrat de travail nul. C'est à juste titre que M. le professeur J. Savatier signale dans ses observations sous cet arrêt que « bien qu'il vise l'article 23 du livre 1er du code du travail, il fait en réalité application de l'article 1382 du code civil ». En effet, *il se fonde pour condamner l'employeur sur le préjudice subi par le salarié du chef de la nullité du contrat, nullité imputable à l'employeur.*

Or, ce fondement juridique pose des problèmes spécifiques qui doivent être résolus par les arrêts ultérieurs si cette jurisprudence est confirmée par la suite. La connaissance par le salarié de la nullité de son contrat, la contradiction qui réside dans le fait de qualifier

d'abusive la rupture d'un contrat qui, par hypothèse, est entaché de nullité et même d'ordre public, sont quelques-uns de ces problèmes.

Nous ne pouvons dire si l'arrêt du 9 février 1966 sera confirmé par la suite ni, non plus, examiner les problèmes qu'il pose à son tour. Nous retiendrons qu'après cette décision, *la rupture d'un contrat de travail nul par l'employeur est assimilée, dans ses conséquences pratiques du moins, à un licenciement.*

Le droit allemand paraît adopter des solutions inverses. Certes, la cessation d'un contrat de travail nul produit des effets pour l'avenir et n'agit pas rétroactivement (62) mais l'employeur peut se libérer pour l'avenir de ses obligations fondées sur un contrat entaché d'une nullité absolue ou relative par une déclaration de volonté de dissolution de ce contrat nul (Auflösungserklärung). Les résultats de cette déclaration sont la cessation immédiate des rapports de travail. Elle ressemble donc, dans ses résultats pratiques, à un congédiement extraordinaire. Les auteurs sont divisés quant à la qualification juridique de ce mode de cessation du contrat. Une opinion soutient qu'il s'agit d'une résolution n'ayant son effet que pour l'avenir (63), une autre tendance l'assimile à une résiliation (Kündigung) tandis que d'autres opinions ont été émises (64). D'après Hueck (65) cette question est d'ordre terminologique car l'essentiel est que, s'il y a nullité relative ou absolue, la cessation immédiate de la relation de travail est possible et légalement justifiée par cette nullité (66).

En droit hellénique, il y a eu en 1962 un important revirement de jurisprudence concernant la question qui nous préoccupe. D'après la jurisprudence antérieure, si le contrat de travail était nul, chaque partie pouvait cesser de fournir sa prestation et les lois n^{os} 2112/1920 et 3198/1955 réglementant le licenciement ne trouvaient pas application (67). En contradiction avec cette jurisprudence, on trouvait

(62) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7° éd., tome I, 1963, pp.185 et 186; Nikisch, Arbeitsrecht, 3e éd. 1961, pp. 173 et 222.

(63) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 187 et la jurisprudence citée.

(64) Hueck-Nipperdey, *op.* et *loc. cit.*; Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 1965, p. 74.

(65) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 1, n° 25, pp. 62 et 63 et les indications bibliographiques et jurisprudentielles.

(66) Ob man diese auf einen Anfechtungsgrund gestützte, aber nur für die Zukunft wirkende Auflösungserklärung als Anfechtung mit ex nunc-Wirkung oder als ausserordentliche Kündigung bezeichnen will, ist lediglich eine Frage der Terminologie. Wichtig ist aber die Erkenntnis, dass das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes grundsätzlich ohne weiteres die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, Hueck, *op. cit.*, p. 63.

(67) A.P. n° 37/1958, E.E.D. 1958, p. 194; 574/1960, E.E.D. 1961, p. 100; 312/1961, E.E.D. 1961, p. 794.

un arrêt de l'Aréopage n° 425/1960 (68) qui acceptait l'application de ces lois même en cas de contrat de travail nul.

Cette jurisprudence avait été critiquée par la doctrine (69) qui se fondait sur le fait que la loi n° 3198/1955 avait substitué l'expression « relation de travail » à celle de « contrat de travail » figurant dans une série d'articles de la loi n° 2112/1920 (1 § 2, 5 § 3, 6 § 1, 8 et 9 § 1). Ces auteurs affirmaient que la modification de cette expression n'était pas fortuite et que, par conséquent, la protection de la loi n° 2112/1920 devait être accordée aux salariés dont le contrat était nul. Certes, il ne pourrait être question d'étendre cette protection si la nullité du contrat était due à son opposition aux bonnes mœurs (art. 178 du code civil).

Le revirement de la jurisprudence a été opéré par un arrêt des Chambres réunies de l'Aréopage (70) confirmé par d'autres décisions ultérieures (71). Ces décisions aboutissent à une *assimilation partielle* de la rupture par l'employeur d'un contrat de travail nul au licenciement d'un salarié titulaire d'un contrat de travail valable. La Cour suprême énonce que l'employeur qui veut se séparer d'un salarié dont le contrat est nul doit le faire par congé (Kataguelia) en observant les formalités légales (forme écrite, paiement de l'indemnité de licenciement légale). *Mais la non-observation par l'employeur des formalités légales, n'affecte pas la validité du congé* (contrairement à ce qui se passe en cas de contrat valable pour lequel un congé sans observation de ces formalités est nul). Donc, en pratique, l'employeur peut simplement se contenter de refuser les services dudit salarié. Il n'a pas l'obligation d'observer le préavis légal. Sa seule obligation est le paiement de l'indemnité de licenciement. Mais d'autres différences sur des points de détail existent entre un licenciement et la rupture par l'employeur d'une relation de travail fondée sur un contrat nul (72).

Toutefois, la jurisprudence grecque apporte une restriction intéressante au droit de l'employeur d'invoquer la nullité du contrat de travail pour justifier le renvoi du salarié. Elle se réserve le droit de considérer comme abusif le fait d'invoquer cette nullité en se

(68) E.E.D. 1960, p. 1312.

(69) Capodistrias, La dénonciation d'un contrat de travail nul, E.E.D. 1960, p. 1241; Cafcas, La dénonciation de la relation de travail, E.E.D. 1956, p. 65; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, pp. 302 et 303; *contra :* Sakellaropoulos, *in* Bulletin de législation du travail, 1955, p. 491 et s.

(70) N° 192/1962, E.E.D. 1962, p. 453.

(71) A.P. n° 201/1962, E.E.D. 1962, p. 533; 399/1962, E.E.D. 1962, p. 843; 462/1965, E.E.D. 1965, p. 1356.

(72) Capodistrias, Ermak, introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 73 et s.

fondant sur les circonstances particulières de l'espèce (73). Ces solutions constituent un aboutissement considérable par son esprit d'équité, du contrôle judiciaire en Grèce.

Nous avons constaté une tendance générale de la jurisprudence de ces trois pays à assimiler à un licenciement la rupture par l'employeur d'un rapport de travail fondé sur un contrat nul. La jurisprudence française, surtout après l'arrêt de la Chambre sociale du 9 février 1966 (74), est allée le plus loin dans cette direction. Cette tendance aboutit à un élargissement, non certes sans nuances, de la notion de licenciement.

D. — Licenciement et force majeure.

Ces deux notions apparaissent comme logiquement inconciliables au premier abord. En cas de licenciement, les rapports de travail sont rompus par l'effet de l'action de l'employeur. Au contraire, s'il y a force majeure, les rapports de travail sont rompus à cause d'elle. Autrement dit, en cas de licenciement, la rupture est causée par l'action de l'employeur tandis qu'en cas de force majeure, elle est causée par des événements imprévisibles et irrésistibles. Donc, s'il y a force majeure, il ne peut y avoir en même temps licenciement et vice versa.

Les solutions auxquelles nous amène ce raisonnement civiliste ne sont pas toujours admises en pratique. La raison profonde en est dans les rapports entre le droit civil et le droit du travail. La doctrine, après avoir admis le caractère autonome du droit de travail, constate un glissement de plus en plus accentué du contrat de travail hors du domaine du droit civil.

Nous allons voir, en premier lieu, le licenciement et la force majeure en général. En second lieu, nous examinerons le licenciement et le cas particulier de la maladie du salarié. Ces points seront examinés sous l'angle de leur rapport avec la notion de licenciement; un examen détaillé de ces questions, d'une importance pratique d'ailleurs très considérable, étant en dehors de notre sujet.

(73) A.P. n° 552/1966, E.E.D. 1967, p. 99; 288/1966, E.E.D. 1966 ,p. 851; 570/1965, E.E.D. 1966, p. 25; 626/1964, E.E.D. 1964, p. 1363; 460/1963, E.E.D. 1963, p. 932; 483/1962, E.E.D. 1962, p. 1425; 664/1961, E.E.D. 1962, p. 139.

(74) Précité.

a) Le licenciement et la force majeure en général.

La force majeure a pour effet habituel l'extinction des obligations (75). Par conséquent, si l'une des parties au contrat de travail est empêchée par la force majeure d'exécuter ses obligations, les deux parties se trouvent libérées de leurs obligations respectives. Le lien contractuel se trouve donc vidé de son contenu et disparaît pratiquement en raison de la dépendance réciproque des prestations dans les contrats synallagmatiques.

C'est ici qu'une nouvelle technique juridique trouve un vaste champ d'application en droit de travail. Cette technique porte le nom de *suspension* du contrat de travail. Elle s'applique à un grand nombre de cas de force majeure.

On admet que si l'inexécution des obligations respectives par l'effet de la force majeure n'est que temporaire, le lien contractuel ne disparaît pas totalement. Le contrat subsiste seule son exécution est suspendue pour une certaine durée. Les principaux cas de suspension sont la maladie de brève durée du salarié, la maternité et la grève.

Nous n'examinerons pas ici la suspension du contrat de travail. Cette étude a été faite par M. Yamaguschi (76).

Nous signalons que si, pendant la durée de suspension du contrat de travail, une rupture du fait de l'employeur survient, il s'agit bien de licenciement.

La technique de la suspension est le résultat du souci de stabilité du lien contractuel, souci qui traverse le droit de travail.

Mais il y a des cas où la force majeure entraîne une impossibilité d'exécution *définitive* et non *temporaire*. Tels sont les cas d'incendie, de bombardement ou d'inondation qui détruisent l'entreprise. D'autres événements peuvent entraîner des résultats semblables. La question se pose alors de savoir si, dans une telle hypothèse, le contrat de travail prend fin sans aucune action supplémentaire de l'employeur, ou si le contrat existe jusqu'à ce que l'employeur procède à une résiliation unilatérale en invoquant la force majeure. Autrement dit, la force majeure rompt-elle les rapports de travail *ipso facto* ou faut-il, en plus, une déclaration de volonté de la part de l'employeur ?

(75) Marty et Raynaud, Droit civil, tome II, 1962, n° 491, p. 535; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Traité de droit civil, tome II, 1959, n° 854, p. 475; Mazeaud, Leçons de droit civil, tome II, 1966, n° 578 et s., p. 530 et s.

(76) La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Economique Européenne, Paris 1963; voir aussi, G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 128 et s., p. 118 et s.; Brun et Galland, II-323 et s., p. 602 et s.; Durand et Vitu, tome II, n° 414 et s., p. 792 et s.; Isele, Das suspendierte Arbeitsverhältnis, Festschrift für E. Molitor, 1962, p. 107 et s.; Charveriat, De la suspension des contrats, thèse, Lyon, 1964; J. Treillard, De la suspension des contrats, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, p. 59 et s.

Nous allons voir que la réponse à cette question n'est pas partout la même.

Le droit français admet essentiellement que la force majeure entraîne la rupture automatique du contrat de travail. S'il y a force majeure, la rupture du contrat de travail qui en résulte n'est pas due au fait de l'employeur. Donc l'existence des conditions de la force majeure exclut *a priori* la notion de licenciement (77). Aucune indemnité n'est due dans ce cas.

La jurisprudence admet que l'existence d'une force majeure ayant entraîné la rupture du contrat de travail exclut l'allocation d'une *indemnité de licenciement*. Un arrêt qui avait alloué une telle indemnité tout en reconnaissant que le contrat n'avait pas été rompu par un congédiement de la part de l'employeur « mais par un cas de la force majeure », a été cassé par la Chambre sociale de la Cour de cassation (78). De même la Cour de cassation affirme que la force majeure ne comporte pas de degrés dans sa gravité et que, par suite, les juges du fond ne peuvent, sans se contredire, admettre la force majeure et la considérer comme n'étant pas d'une gravité suffisante pour écarter le droit à l'indemnité de préavis (79). La même Chambre sociale a cassé un arrêt qui avait alloué un complément *d'indemnité de préavis* et une *indemnité de licenciement* sans s'expliquer sur les conclusions de l'employeur qui soutenait que, l'incendie ayant détruit ses ateliers, il se trouvait dans l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat de l'intéressé par l'effet de la force majeure, et qu'aucune des indemnités réclamées n'était due (80). De même, la force majeure exclut l'allocation d'une indemnité de rupture abusive (81).

Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation paraît admettre, d'une façon plus directe, que l'existence d'un cas de force majeure ayant entraîné la rupture du contrat de travail exclut la notion de licenciement. Dans cette espèce, la force majeure était constituée par un acte de l'autorité publique. La convention collective prévoyait qu'une indemnité de licenciement serait accordée aux salariés « congédiés ». La Cour suprême a décidé que cette indemnité n'était pas due car le contrat de travail s'était trouvé rompu, *non du fait de l'employeur*, mais uniquement du fait du retrait, par l'autorité

(77) G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 37 et s.; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 314, p. 125.

(78) Cass. soc. 16 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 211; D. 1960, p. 418.

(79) Cass. soc. 13 mars 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 320; Inf. chef d'Entr. 1960, p. 473.

(80) Cass. soc. 17 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 194.

(81) Cass. soc. 26 février 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 139; Paris 27 juin 1963, D. 1964, Somm. 48.

administrative, de la carte permettant au travailleur d'accéder au lieu de ses fonctions (82).

Cette jurisprudence cohérente est un peu troublée par un arrêt de la Cour de Paris qui est passé inaperçu des grands recueils de jurisprudence. Il s'agit d'une décision du 16 octobre 1964 (83) qui paraît vouloir introduire un élément nouveau dans la jurisprudence exposée ci-dessus.

Il s'agissait, en effet, d'un délégué du personnel victime d'une maladie prolongée. Son employeur, se conformant à la jurisprudence actuelle, a pris acte de la rupture du contrat de travail résultant de la force majeure qui était constituée par le fait de la prolongation de la maladie dudit salarié. Mais il n'a pas demandé au préalable, l'assentiment du comité d'entreprise méconnaissant ainsi l'article 16 de la loi du 16 avril 1946. Et la Cour de Paris le condamne à payer des dommages-intérêts pour rupture abusive.

La Cour de Paris commence par approuver la jurisprudence antérieure. Elle réaffirme que la maladie de brève durée du salarié est une cause de suspension de son contrat de travail tandis que la maladie de longue durée nécessitant son remplacement constitue un cas de force majeure au profit de l'employeur. Admettant que ces principes sont applicables en matière de préavis et d'indemnité de licenciement, la Cour pense qu'il en va différemment quand il s'agit de savoir si la mesure concernant un délégué du personnel doit être soumise à l'assentiment du comité d'entreprise et au contrôle de l'inspection du travail.

Voici les attendus essentiels de cet arrêt : « considérant qu'il apparaît que les termes « tout licenciement » figurant dans l'article 16 de la loi du 16 avril 1946 visent toute mesure intervenue dans le but de mettre fin au contrat de travail d'un délégué du personnel, même si elle est provoquée par le fait du délégué, ce qui est notamment le cas lorsqu'il a commis une faute grave, ou si la maladie se prolongeant, il est indispensable de le remplacer;

« Considérant que le législateur a institué ainsi un contrôle sur les circonstances dans lesquelles le contrat de travail d'un délégué du personnel est rompu, que spécialement il y a intérêt à ce que les organismes envisagés par la loi du 16 avril 1946 vérifient si les conditions prévues par une convention collective pour la constatation de la rupture du contrat du travail d'un délégué du personnel pour cause de maladie sont réunies, ou *d'une façon plus générale si les caractéristiques de la notion de force majeure ont été invoquées à bon droit par un employeur;*

(82) Cass. soc. 9 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 775.
(83) Inf. Chef d'Entr. 1964, p. 1041.

« Considérant en définitive que l'article 16 de la loi du 16 avril 1946 s'applique quelle que soit la cause qui ait incité l'employeur à se priver des services d'un salarié délégué du personnel... ».

Cet arrêt vise à introduire une distinction selon qu'on examine la rupture du contrat de travail du point de vue des indemnités de rupture ou du point de vue de la loi du 16 avril 1946. Dans le premier cas la notion de licenciement est exclue si la rupture est le fait de la force majeure. Dans le second cas, l'employeur procède bien à un licenciement quand il prend acte de la rupture résultant d'un événement de force majeure.

Nous ne pouvons pas dire quel sera l'avenir de cette nouvelle distinction. Son domaine paraît, tout d'abord, limité aux cas des salariés protégés par l'article 16 de la loi du 16 avril 1946.

D'autre part, l'arrêt semble qualifier la prolongation de la maladie du salarié de *fait du salarié* en la rapprochant ainsi de sa faute. En effet, l'arrêt rapporte que constitue un licenciement toute mesure intervenue afin de mettre fin au contrat de travail « même si elle est provoquée par le fait du délégué, *ce qui est notamment le cas lorsqu'il a commis une faute grave, ou si la maladie se prolongeant, il est indispensable de le remplacer* ». Il s'agit là d'un malentendu car, du point de vue juridique, *la faute* est bien *le fait* du salarié tandis que la prolongation de sa maladie ne l'est pas. On ne peut pas rapprocher ces deux notions sans mettre en doute la jurisprudence de la Cour de cassation qui qualifie la maladie prolongée du salarié de force majeure. Si la maladie du salarié était son fait, elle ne pourrait pas être, en même temps, un cas de force majeure pour l'employeur. M. le professeur G.H. Camerlynck observe à juste titre que « l'employeur ne saurait, par définition même, être condamné à des dommages-intérêts pour rupture abusive puisque la rupture n'est pas son fait » (84).

Cette décision reconnaissant l'existence de la force majeure du fait de la prolongation de la maladie du salarié (85) et condamnant, en même temps, l'employeur à payer des dommages-intérêts pour rupture abusive, pour ne pas avoir demandé l'assentiment du comité d'entreprise, semble, pour le moins, curieuse.

Malgré cette dernière particularité, nous pensons qu'en l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence française *la notion de licenciement n'inclut pas la rupture des rapports de travail due à la force majeure.*

(84) G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 38.

(85) Nous examinerons par la suite cette conception jurisprudentielle.

En pratique, l'employeur agit sous sa responsabilité quand il considère le contrat de travail rompu par un événement qu'il qualifie lui-même de force majeure. Le juge exercera un contrôle important en cette matière. Ce sera un contrôle *a posteriori* (86). Il examinera si les conditions de la force majeure sont réunies. Dans l'affirmative, il attribuera la rupture à la force majeure et dispensera l'employeur des indemnités de rupture. Dans la négative, il s'agira bien d'un licenciement qui impliquera l'intervention normale du juge.

La doctrine constate que le contrôle judiciaire quant à la réunion des conditions de la force majeure est plus strict à cause des impératifs d'ordre social (87).

Nous n'examinerons pas la jurisprudence en matière de force majeure. Nous signalons toutefois que sont considérés comme tels des événements *imprévisibles, irrésistibles* et *inévitables,* tels que l'état de guerre, le cataclysme naturel, la mort du salarié, le « fait du prince », l'incarcération prolongée du salarié (88), la destruction de l'entreprise par un incendie (89).

Nous avons vu jusqu'ici qu'en France la force majeure constitue un mode d'extinction du contrat de travail indépendamment du caractère déterminé ou non de sa durée. Nous avons également constaté que ce mode de cessation n'entre pas dans la catégorie juridique de licenciement.

Le droit allemand retient des solutions très différentes. Nous pouvons dire tout de suite que ce qui est considéré en France comme constitutif de force majeure (cause propre de rupture du contrat de travail) est rétrogradé en Allemagne, et se trouve classé parmi les justes motifs de licenciement. Par ailleurs, la force majeure, contrairement à ce qui se passe en France, ne figure pas parmi les causes de cessation de la relation du travail (Endigungsgründe) énumérées habituellement dans les traités de droit du travail allemand (90).

(86) Durand et Vitu, tome II, n° 470, p. 886.

(87) Brun et Galland, II-257, p. 522 ; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 134, p. 125 ; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 38.

(88) Cass. soc. 19 avril 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 338; contrairement, l'incarcération ou la grève du salarié ne rompt pas, par elle-même, le contrat, mais entraîne sa suspension, Cass. soc. 19 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 65; Inf. Chef d'Entr. 1961, p. 407; voir toutefois sur cette question : Bizière, L'incarcération du salarié et le contrat de travail, Inf. Chef d'Entr. 1965, p. 873.

(89) Cass. soc. 16 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 421; J.C.P. 1961.II.12282; Cass. soc. 3 décembre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 957; Cass. soc. 13 mars 1959, Bull. civ. 1959, p. 320; Inf. Chef d'Entr. 1960, p. 473; Paris 5 avril 1963, J.C.P. 1963.II.13286, note B.P.; Cass. soc. 30 décembre 1954, Dr. soc. 1955, p. 227.

(90) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, § 55, p. 527 et s.; les mêmes auteurs, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, § 26, p. 11 et s.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5e éd. 1957, p. 206; Nikisch, Arbeitsrecht, 3e éd. 1961, p. 664; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2e éd. 1954, p. 344.

Cette position s'explique car, en droit allemand, le problème de l'impossibilité de prestation de la part du débiteur (Unmöglichkeit der Leistung) en général (au sein duquel se situe le problème de l'impossibilité de prestation du travail pour force majeure ou cas fortuit) se trouve rattaché au problème des risques dans les obligations en général et le problème du risque de l'établissement (Betriebsrisiko) en particulier (91).

Sur ce point, il y a en Allemagne une solution globale approuvée par la doctrine et appliquée par la jurisprudence. Il s'agit de la *Sphärentheorie,* consacrée par un arrêt de base du Reichsarbeitsgericht du 20 juin 1928 et suivie jusqu'aujourd'hui par la jurisprudence allemande (92). Cette théorie aboutit aux résultats pratiques suivants : si l'une des parties se trouve dans l'impossibilité d'accomplir ses obligations contractuelles, on doit prendre en considération le fait qui l'empêche; si le fait en question se situe dans *sa sphère d'activité,* il en supporte le risque et perd donc la contreprestation. Au contraire, si ledit fait se situe dans la sphère d'action de son cocontractant, il a droit à la contreprestation bien qu'il ne soit pas en mesure d'accomplir sa propre prestation. Prenons un exemple. Si le salarié ne peut pas fournir son travail pour des raisons inhérentes à l'entreprise, il garde son droit au salaire car l'impossibilité d'accomplir sa prestation provient d'un fait se situant dans la sphère d'action de l'employeur (93). Au contraire, si la prestation de travail est impossible à cause d'une grève partielle, *les non-grévistes* comme *les grévistes* perdent leur salaire, le fait de grève étant considéré comme appartenant à la sphère d'action des salariés que ceux-ci soient *grévistes* ou *non-grévistes* (94).

En ce qui nous concerne, il est admis que la seule impossibilité d'exécution pour l'avenir de la prestation de travail ne constitue pas un mode de cessation de celui-ci (95). Sous certaines conditions, elle peut constituer pour l'employeur une « cause sérieuse » de licenciement. Etant donné que le chef d'entreprise en supporte le risque économique, il se trouve obligé d'observer le préavis (ordentliche Kündigung) en cas de licenciement pour difficultés économiques ou à cause de la fermeture de son établissement pour les mêmes raisons.

(91) Voir sur cette question HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.* § 44, p. 347 et l'abondante bibliographie qui y est citée.

(92) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.* § 44, p. 350 et s. et la jurisprudence citée p. 351, note 114 ; aussi l'exposé de cette théorie par DURAND dans son Traité de droit du travail, tome II, n° 416, p. 794 et s.

(93) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 352, note 120.

(94) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 352 et s., notes 121 et 122.

(95) Kein Endigungsgrund ist die blosse Unmöglichkeit der weiteren Erfüllung der Arbeitsleistung. HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, § 55, p. 530.

Dans certains cas exceptionnels, il peut procéder à un licenciement sans préavis (fristlose Kündigung). Ces cas sont surtout l'état de guerre ou une crise économique ou politique très grave, circonstances qui ne sont pas dues à une faute de l'employeur et sont imprévisibles. Il faut, en plus, que le maintien de la relation de travail mette en danger l'existence même de l'entreprise. La jurisprudence est très stricte quant à la reconnaissance de ces conditions (96).

Même dans cette dernière hypothèse, ces événements qui constituent en droit français la notion de force majeure peuvent seulement dispenser l'employeur de l'observation du préavis. Ils n'ont pas pour effet la rupture automatique de la relation de travail. A cette fin, l'employeur doit procéder à un licenciement régulier, c'est-à-dire, faire une déclaration de volonté unilatérale sous les conditions de fond et de forme exigées par la loi.

Contrairement donc à ce qui se passe en droit français, les événements considérés par le droit allemand comme constitutifs de force majeure, n'ont pas pour effet la rupture automatique, sans préavis ni indemnités, de la relation de travail (97). Ils constituent seulement de « justes motifs » ou une « cause sérieuse » de licenciement.

Par conséquent, en droit allemand, la notion de licenciement inclut des résiliations qui, en droit français, constitueraient des cas de force majeure.

Le droit hellénique est assez proche du droit allemand en ce qui concerne la question qui nous préoccupe. La force majeure ne constitue pas une cause de rupture automatique du contrat de travail mais elle donne à l'employeur le droit de procéder à un licenciement sans préavis (98). Mais des exceptions et des nuances sont apportées à cette règle générale.

Tout d'abord, des solutions propres existent en ce qui concerne le contrat de travail *à durée déterminée*. Si, dans ce cas, le salarié se trouve dans *l'impossibilité définitive* d'accomplir ses obligations par un événement de force majeure, le contrat de travail cesse automatiquement (99). Par contre, si un cas de force majeure rend définitivement impossible l'acceptation par l'employeur des services offerts par le salarié, la solution n'est pas la même. Dans cette hypothèse

(96) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, § 59, p. 583 et s. ; voir aussi la jurisprudence citée p. 584, note 9; Nikisch, *op. cit.*, p. 726.

(97) Hueck-Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, § 26, II, p. 113.

(98) Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, Athènes 1967, § 52, p. 411; Capodistrias, Résiliation d'un contrat de travail pour force majeure, E.E.D. 1967, p. 1497.

(99) Capodistrias, *in* Ermak, introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 7.

le contrat subsiste jusqu'à ce que l'employeur procède à un licenciement (100).

En ce qui concerne le contrat de travail *à durée indéterminée,* il faut distinguer la force majeure entraînant une impossibilité d'exécution du contrat de la part du salarié de celle entraînant une impossibilité pour l'employeur d'accepter les services offerts par le salarié.

Dans le premier cas, la jurisprudence se réserve un rôle d'appréciation assez large fondé sur l'interprétation de l'article 5, § 3 de la loi n° 2112/1920. Il lui appartient de juger si l'impossibilité de prestation de la part du salarié, due à *un événement autre que la maladie, la maternité et l'appel sous les drapeaux,* constitue une démission tacite de la part du salarié. Le juge doit procéder à cette appréciation d'après les circonstances particulières de la cause, la bonne foi et les « bonnes mœurs » (101).

La jurisprudence antérieure de la Cour de cassation considérait que même en cas d'impossibilité d'exécution, due à un cas de force majeure, de la part du salarié, une présomption légale de démission pesait sur le salarié (102).

En cas d'impossibilité, due à un cas de force majeure, dans laquelle se trouve l'employeur de recevoir les services du salarié, il n'y a pas de rupture automatique du contrat de travail. La force majeure constitue ici *une « cause sérieuse » de licenciement sans observation du préavis légal.* Une particularité existe en ce qui concerne l'indemnité de licenciement imposée par la loi. Si l'employeur est assuré contre le sinistre (qui a constitué, dans l'espèce, la force majeure), il doit verser au salarié les deux tiers de l'indemnité de licenciement normalement due. S'il n'était pas assuré contre ledit sinistre, il ne doit aucune indemnité (103). Les tribunaux sont assez sévères quant à la reconnaissance d'un cas de force majeure.

Ainsi en droit hellénique, la force majeure ne provoque pas la rupture automatique du contrat de travail. Elle a seulement pour effet de libérer chacune des parties de ses obligations contractuelles. Pour que le contrat prenne fin, il faut qu'un licenciement intervienne.

Mais, contrairement aux solutions du droit allemand, il y a des exceptions à cette règle générale.

(100) Capodistrias, *op. cit.*, n° 17.

(101) A.P. n° 674/1966, E.E.D. 1967, p. 224; 528/1966, E.E.D. 1966, p. 1508; 503/1965, E.E.D. 1966, p. 9; 720/1964, E.E.D. 1965, p. 90; 454/1964, E.E.D. 1964, p. 1030; 385/1964, E.E.D. 1964, p. 847; 342/1964, E.E.D. 1964, p. 725; 642/1963, E.E.D. 1963, p. 1456; 465/1959, E.E.D. 1959, p. 1357; 363/1959, E.E.D. 1959, p. 763; Capodistrias, *in* Ermak, *op. cit.*, n° 8; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 351.

(102) Capodistrias, *op.* et *loc. cit.*

(103) Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, Athènes 1967, § 52, p. 411 et s.; Capodistrias, *op. cit.*, n° 18; Agallopoulos, *op. cit.*, p. 360; A.P. n° 317/1953, E.E.D. 1953, p. 703; 191/1949, E.E.D. 1949, p. 367; 505/1950, E.E.D. 1950, p. 1069; 444/1954, E.E.D. 1954, p. 689.

La première est le cas de force majeure empêchant le salarié d'accomplir ses obligations en matière de contrat à durée déterminée. Dans ce cas, si la force majeure provoque une *impossibilité définitive* d'exécution, le contrat prend automatiquement fin.

La seconde concerne le contrat de travail à durée indéterminée. Si le salarié est empêché d'exécuter ses obligations par un événement de force majeure, autre que la maladie, la grossesse ou l'appel sous les drapeaux, le juge, examinant les circonstances particulières de la cause et guidé par les principes de bonne foi et de bonnes mœurs peut considérer qu'il y a démission tacite de la part du salarié.

Après avoir examiné les rapports entre le licenciement et la force majeure en général, nous allons aborder le problème de ces mêmes rapports avec la maladie du salarié.

b) La notion de licenciement et la maladie du salarié.

Ce problème présente certaines difficultés surtout en cas de maladie prolongée du salarié.

En cas de maladie de brève durée, le contrat de travail est simplement suspendu. Cette solution est adoptée par les droits français, allemand et hellénique. Certes, il y a des différences, dues à la variété des sources (légales ou conventionnelles), quant à la durée effective de cette suspension. Mais, de toute façon, la rupture du contrat du fait de l'employeur, pendant la durée de la suspension, constitue bien un licenciement.

Donc, en cas de maladie de brève durée du salarié, la validité du contrat n'est pas affectée. Par conséquent, la rupture du contrat du fait de l'employeur constituant un licenciement, elle est soumise au même contrôle judiciaire.

Mais, si la maladie se prolonge, le problème devient plus complexe.

Nous n'allons pas entreprendre l'étude de l'incidence de la maladie prolongée sur le contrat de travail. Ce n'est pas notre propos. Nous examinerons seulement les solutions jurisprudentielles intervenues en la matière quant à leur incidence sur la délimitation de la catégorie juridique de licenciement.

Jusqu'en 1960 la jurisprudence française considérait que la maladie prolongée constituait un motif légitime de licenciement de la part de l'employeur. Ce dernier, s'il ne pouvait pas attendre la guérison pour des raisons de continuité de son exploitation, procédait à un licenciement dont il prenait l'initiative et portait la responsabilité. Néanmoins, des conventions collectives considéraient que la maladie prolongée rompait *ipso facto* le contrat du travail.

Les tribunaux appliquaient alors ces clauses conventionnelles (104).

Mais en 1960, la jurisprudence a opéré un revirement important. Dans un arrêt du 14 décembre 1960 (105) la Cour suprême a énoncé que « *la maladie d'un salarié peut, par sa prolongation, devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail* ». Cette jurisprudence a été confirmée par des arrêts ultérieurs (106) invoquant des dispositions de conventions collectives dans ce sens. Au contraire, si la convention collective prévoit expressément une solution opposée, cette jurisprudence n'est pas applicable (107).

Ces solutions, dont les conséquences sont lourdes pour les salariés, ont été critiquées à juste titre par M. le professeur G.H. Camerlynck dans son article intitulé : « La maladie prolongée du salarié constitue-t-elle un cas de force majeure? » (108).

Les conséquences de la jurisprudence, en ce qui concerne la question qui nous préoccupe, sont également considérables. La prolongation de la maladie, constituant un cas de force majeure, entraîne *ipso facto* la rupture du contrat de travail. Donc, l'employeur qui *prend acte* de cette rupture ne procède pas à un licenciement. Par conséquent, *la notion de licenciement ne contient pas la rupture du contrat de travail consécutive à la prolongation de la maladie du salarié, prolongation qui nécessite son remplacement.*

Il faut toutefois rappeler que l'arrêt de la Cour de Paris du 16 octobre 1964, dont nous avons déjà parlé, semble vouloir nuancer cette conséquence. Il considère qu'il s'agit d'un licenciement, du point de vue de la loi du 16 avril 1946, lorsque l'employeur prend acte de la rupture du contrat d'un délégué du personnel victime d'une maladie prolongée.

Nous ne pouvons pas dire si cette dernière jurisprudence sera confirmée par la suite. Mais il est évident que la notion de licenciement est une notion univoque. Les règles de droit, dont un système juridique est composé, sont censées former un ensemble cohérent. Il n'est donc pas possible qu'un seul acte puisse avoir deux qualifications contradictoires : « licenciement » du point de vue de la loi

(104) Voir pour toutes ces questions et l'analyse de cette jurisprudence, l'article de P. Sornay, La maladie du salarié et le contrat de travail. Tableau de la jurisprudence de la Cour de Cassation. D. 1958, Chr. p. 165; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 41 et s.; Brun et Galland, II-324, p. 604; Durand et Vitu, tome II, n° 424, p. 808 et s. et la bibliographie citée.

(105) J.C.P. 1961.II.11985; Bull. civ. 1960, IV, p. 916.

(106) Cass. soc. 16 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 933; Inf. Chef d'Entr. 1961, p. 499; Cass. soc. 18 novembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 630.

(107) Cass. soc. 28 novembre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 706; Inf. Chef d'Entr. 1963, p. 678.

(108) J.C.P. 1961.I.1609;adde : Bizière, La prolongation de la maladie du salarié, Inf. Chef d'Entr. 1961.473.

du 16 avril 1946 et « rupture automatique résultant de la force majeure », du point de vue des dispositions concernant le préavis et l'indemnité de licenciement.

Les solutions du droit allemand (109) sont à l'opposé de celles du droit français. Jamais la maladie ne rompt *ipso facto* la relation de travail. L'employeur qui veut se libérer de son salarié victime d'une maladie de longue durée doit procéder à un licenciement (110). La longue maladie nécessitant le remplacement du salarié ne peut que constituer, sous certaines conditions (111), un juste motif de licenciement.

Le droit hellénique a une position intermédiaire. Avant 1959 l'Aréopage avait une position stricte résultant de l'interprétation qu'il adoptait quant à l'article 5, § 3 de la loi n° 2112/1920 complété par l'article 3 de la loi n° 4558/1930. En effet, ces textes stipulent que l'absence du salarié pour cause de maladie de brève durée, dûment établie, ne peut pas être considérée comme une démission tacite de sa part. L'alinéa 2, § 3 de l'article 5 de la loi n° 2112/1920 définit la durée de la suspension légale en tenant compte de l'ancienneté du salarié. Il n'y a pas de texte législatif concernant la maladie de longue durée.

Pour combler cette dernière lacune, la Cour de cassation recourt à une interprétation de l'article 5, § 3 de la loi n° 2112/1920.

La jurisprudence antérieure à 1959, interprétant ce texte *a contrario*, décidait que si la durée de la maladie dépassait les limites fixées par l'alinéa 2, § 3 du même article, le salarié était présumé démissionnaire. Il s'agissait d'une présomption légale ne permettant pas d'apporter la preuve contraire. La cessation du contrat de travail intervenait si l'employeur invoquait cette présomption (112). Cette conception jurisprudentielle a été critiquée par une grande partie de la doctrine (113).

Mais en 1959, un revirement de la jurisprudence s'est produit dans ce domaine. L'Aréopage (114) a renoncé à l'interprétation *a contrario* de l'article 5, § 3 de la loi n° 2112/1920 et à la présomption

(109) Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfall, 1958.

(110) Hueck-Nipperney, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, pp. 606, 610, 612 et la jurisprudence rapportée; Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 36.

(111) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, n° 34*a*, p. 74 et s.

(112) A.P. n° 485/1957, E.E.D. 1957, p. 1272; 224/1953, E.E.D. 1953, p. 593; 12/1953, E.E.D. 1953, p. 176; Capodistrias, *in* Ermak, introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 10 et la jurisprudence citée; du même auteur, Interprétation du droit de travail, Athènes 1937, § 325, p. 319.

(113) Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 351; Veriopoulos, La protection du salarié malade contre la perte de sa place de travail, E.E.D. 1956, p. 465 et s.; Sakellaropoulos, Fictions de droit en droit de travail, E.E.D. 1949, p. 178 et s.

(114) N° 363/1959, E.E.D. 1959, p. 763.

légale de démission du salarié dont la durée de la maladie dépassait les limites posées par le même article. *Il a estimé qu'il appartenait au juge de considérer ou non le contrat de travail comme rompu du fait du salarié.* Il devait procéder à cette appréciation en examinant les circonstances particulières de chaque espèce d'après la bonne foi et les bonnes mœurs. Cette solution a été confirmée par des arrêts ultérieurs de la même Cour de cassation (115) et continue à être appliquée par les juges du fond (116).

Depuis ce revirement, la jurisprudence traite de la même façon l'absence du salarié pour une cause autre que la maladie, la maternité et l'appel sous les drapeaux, et son absence pour maladie dépassant la durée de la protection légale. Dans les deux cas, c'est le juge qui dira s'il y a démission du salarié.

Ces conditions nous amènent à constater l'importance du contrôle judiciaire, en cette matière, en Grèce.

Nous avons ainsi constaté qu'en ce qui concerne les rapports entre le licenciement et la force majeure, les droits français et allemand adoptent des solutions opposées tandis que le droit hellénique prend une position intermédiaire en laissant au juge le soin de trancher ces questions délicates tout en traçant les lignes limites de son action.

En France, la force majeure rompt automatiquement le contrat de travail. Donc, si les conditions de son existence sont réunies, il ne peut pas y avoir de licenciement.

En Allemagne, la force majeure ne constitue pas une cause propre de cessation de la relation de travail, mais elle peut constituer un juste motif de licenciement. Ainsi, la résiliation unilatérale de la part de l'employeur invoquant la force majeure entre dans la notion de licenciement.

Enfin, en Grèce, la force majeure ne rompt pas, en général, *ipso facto* le contrat de travail. Mais le juge peut considérer cette dernière comme rompue du fait du salarié dans certaines hypothèses très fréquentes en pratique.

Toutefois, si ces trois systèmes juridiques adoptent des principes opposés en ce qui concerne les rapports entre la force majeure et la notion de licenciement, ils aboutissent à des solutions pratiques moins contraires. Partout, le contrôle judiciaire concernant le problème qui nous intéresse est un contrôle *a posteriori*. L'employeur éloigne le salarié de son entreprise en invoquant un événement qu'il considère comme constitutif de force majeure, sous sa responsabilité. Le juge sanctionnera, positivement ou négativement, sa décision *a posteriori* s'il est saisi d'une demande de la part du salarié.

(115) A.P. n ° 642/1963, E.E.D. 1963, p. 1455; 465/1959, E.E.D. 1959, p. 1357.
(116) Tr. de grande instance d'Athènes, n° 14194/1966, E.E.D. 1966, p. 1130.

E. — Le licenciement et les notions correspondantes en droit comparé.

Des notions correspondant au licenciement existent en droit allemand (Kündigung) et hellénique (kataguelia). Mais il y a des différences entre ces diverses notions quant à leur contenu respectif et surtout *quant à leur fonction au sein des systèmes juridiques auxquelles elles se situent.*

Le point de départ de ces différences est l'attitude divergente des divers systèmes juridiques face au problème de l'acte unilatéral comme source d'obligation. La doctrine française est hostile ou réticente à son admission (117). On admet que l'engagement par volonté unilatérale n'est logiquement acceptable que dans une conception objective de l'obligation (118). La jurisprudence française ne paraît pas non plus faire application de la théorie de l'acte unilatéral générateur d'obligation.

Au contraire, le droit allemand et le droit hellénique admettent l'acte juridique unilatéral comme source d'obligation avec toutes les conséquences qui découlent de cette acceptation.

Dans ces systèmes juridiques, la déclaration de volonté unilatérale de résiliation est un acte juridique générateur d'obligation. Cet acte est un mode général de cessation de tous les contrats successifs (119) indépendamment du caractère déterminé ou non de leur durée. Cet acte est réglementé, du point de vue de sa forme et de son fond, suivant la nature du contrat dont il vise la cessation. Les réglementations sont plus strictes quand il s'agit de mettre fin au contrat de travail. Mais, d'une façon plus générale, tous les contrats successifs (contrat de société, mandat, contrat de travail, bail, contrat de louage d'ouvrage...) peuvent prendre fin, sous certaines conditions, par un acte juridique unilatéral qui est la déclaration de volonté du contractant d'après laquelle il ne veut plus être lié par ledit contrat.

Les conditions de validité de cet acte unilatéral sont les mêmes que pour tout autre acte juridique : capacité juridique de son auteur, absence de vices concernant sa volonté et observation des règles de forme éventuelles. Si ces conditions sont réunies, l'acte unilatéral provoque la cessation du contrat successif.

(117) Colin-Capitant et Julliot de la Morandière, Traité de droit civil, tome II, 1959, n° 594 et s., p. 327 et s.; Marty et Raynaud, Droit civil, tome II, 1962, n° 315 et s., p. 275 et s.

(118) Marty et Raynaud, *op. cit.*, n° 317; voir aussi les indications bibliographiques sur la question au même ouvrage, n° 316 et s.

(119) Fikentscher, Das Schuldrecht, Berlin 1965, § 8 7*c*, p. 30; Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 72; Capodistrias, *in* Ermak, introduction aux commentaires des articles 416-454, n° 15 et s.

Toutefois, l'usage de ce mode de cessation du contrat successif est soumis, dans certaines hypothèses, à des conditions supplémentaires. C'est surtout le cas pour le contrat à durée déterminée. Ici, ce mode de cassation ne peut être utilisé que s'il existe une « cause sérieuse » (wichtiger Grund) en faveur de l'auteur de l'acte unilatéral. Si ce facteur fait défaut, l'acte unilatéral est privé de ses effets, autrement dit, il n'a pas pour résultat la cessation du contrat. L'appréciation de l'existence de cette « cause sérieuse » est le principal domaine du contrôle judiciaire. Nous reviendrons sur ce point quand nous examinerons le contrôle judiciaire du licenciement sanctionnateur.

Ce que nous voulons mettre ici en évidence c'est, d'une part, le rôle général joué par ce mode de cessation dans l'ensemble de contrats successifs et, d'autre part, l'incorporation de ce mode de cessation dans l'ensemble du système juridique, incorporation qui donne à tout le mécanisme un caractère cohérent.

En réalité, dans ces systèmes juridiques, l'acte unilatéral joue un rôle assez considérable. Les règles applicables aux actes juridiques en général, lui sont également applicables. Par conséquent, si l'acte unilatéral déterminé, ne remplit pas les conditions requises par ces règles, les sanctions édictées par ces dernières trouvent application. Ces sanctions sont habituellement la nullité, relative ou absolue suivant les cas. Dans cet ordre d'idées, si l'acte unilatéral est nul, il ne produit pas ses effets : donc, dans l'hypothèse de la déclaration de volonté unilatérale de résiliation, cette dernière n'altère pas le contrat de travail qui continue à être en vigueur.

Dans les mêmes systèmes juridiques, la résiliation du contrat de travail par volonté unilatérale se définit comme la déclaration de volonté unilatérale réceptive (120) par laquelle la relation de travail doit cesser pour l'avenir (121). Etant donné qu'elle est un acte juri-

(120) La distinction des actes juridiques en actes réceptices et non réceptices constitue une distinction classique en droit allemand et hellénique (voir pour la même distinction en droit français MARTY et RAYNAUD, Droit civil, tome II, 1962, n° 332, p. 282; A. ROBERT, La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, p. 48 et s.). En effet ces actes se distinguent des actes non réceptices en ce qu'ils n'ont d'effet juridique qu'au moment de leur réception par l'autre partie. En Allemagne, ils sont désignés sous la dénomination de empfangsbedürftigen Willenserklärungen.

(121) Die Kündigung ist die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die das Arbeitsverhältnis für die Zukunft aufgehoben werden soll. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 1963, p. 543; voir aussi des définitions voisines, SCHLESSMANN, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e *éd.* 1965, p. 74 et s.; MOLITOR, Kündigung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses, RdA 1955, p. 41; HUECK-NIPPERDEY, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, § 113; TOUSSIS-STAVROPOULOS, Droit du travail, Athènes 1967, § 48,

dique réceptice, elle prend effet *dès qu'elle a été reçue par l'autre partie* (122).

En résumé, les notions de Kündigung et de kataguelia entrent dans la catégorie des actes juridiques unilatéraux. Elles constituent des modes de cessation du contrat de travail. Mais leur exercice constitue un droit qui appartient à la catégorie des droits dits « formateurs » (le terme allemand est « Gestaltungsrecht ») (123) (124), dont l'usage est limité par l'interdiction de l'abus de droits.

Paul Durand a voulu introduire en droit français ces conceptions sur le congé-acte juridique (125). Cette tentative n'a pas trouvé d'écho dans la jurisprudence française. Ceci se justifie par le fait que les conceptions précédemment exposées constituent un corps étranger dans le système juridique français. En effet, en ce domaine, la structure philosophique du droit français présente un certain nombre de différences par rapport aux structures philosophiques des droits allemand et hellénique. A la base de ces différences, se trouve la place accordée dans chacun des droits à l'acte unilatéral. Tandis qu'en droit allemand et hellénique l'acte unilatéral et une source d'obligations normale, la doctrine française ne l'admet comme telle qu'exceptionnellement et la jurisprudence l'utilise beaucoup moins.

Une autre différence apparaît comme conséquence de la première. Le contrôle judiciaire du licenciement porte essentiellement sur *la sanction de la faute éventuellement commise par l'une ou l'autre*

p. 347 et s.; Capodistrias, *in* Ermak, introduction aux commentaires des articles 416-454, n° 17 et s.

(122) Balis, Principes généraux du droit civil, 7e éd., Athènes, 1955, § 33, p. 108.

(123) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*; Schlessmann, Die Küundigung von Arbeitsverhältnissen, p. 73; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5e éd. 1957, § 35, IV, p. 209; Toussis-Stavropoulos, op. cit., p. 351. La même conception est admise par la jurisprudence de l'Aréopage, c'est-à-dire de la Cour de cassation hellénique, A.P. n° 373/1966, E.E.D. 1966, p. 982; 160/1965, E.E.D. 1965, p. 527; 781/1964, E.E.D. 1965, p. 148.

(124) Il s'agit d'une catégorie qui n'existe pas en droit français en tant que classification particulière des droits. Néanmoins, on pourrait la rapprocher du droit d'accomplir des actes modificatifs ou créateurs. Ce sont, en effet, les droits par lesquels un exercice immédiat est opéré sur une situation juridique, qui repose sur d'autres dispositions juridiques incomplètes (Gestaltungsrechte sind Rechte, durch deren Ausübung unmittelbar auf eine Rechtslage eingewirkt wird, die auf anderen unvolständigen Rechtssätzen beruht. Fikentscher, Das Schuldrecht, Berlin 1965, § 5 II, 6 et s., p. 18 et s.). Nous ne pouvons pas trouver le mot correspondant en français au terme Gestaltungsrecht. Cette catégorie des droits donne, en effet, à l'ayant-droit, le pouvoir juridique *de créer, de transformer* ou *de faire cesser* une relation juridique, au moyen d'un acte unilatéral (Sie geben dem berechtigten die Rechtsmacht, durch einseitiges Rechtsgeschäft ein Rechtsverhältnis *zu begründen, zu verändern oder zu beenden.* Fikentscher, *op. cit.*, § 103, I 6*b*, p. 561; adde : Mayer-Maly, Zur arbeitsrechtlichen Bedeutung der Lehre vom Gestaltungsrecht, RdA, 1965, p. 361 et s.; Balis, *op. cit.*, § 28, p. 87. Le qualificatif de « formateurs » n'est pas le mieux adapté : nous le retiendrons faute de mieux.

(125) Durand et Vitu, tome II, n° 445 et s., p. 839 et s.

partie. En droit hellénique et allemand le contrôle dépasse les frontières de la faute.

A vrai dire, les notions de Küdingung et de kataguelia sont moins larges que celle de licenciement. Elles constituent les actes juridiques au moyen desquelles l'employeur rompt la relation de travail. Néanmoins, d'un autre point de vue, ces mêmes notions de résiliation, Küdingung et kataguelia, en général, sont plus larges, puisqu'elles concernent tous les contrats successifs (126) tandis que la notion de licenciement concerne seulement le contrat du travail.

Nous pensons que la notion de licenciement correspond mieux à celle de Entlassung en droit allemand et celle de apolyssis en droit hellénique (127).

Le licenciement se réalise en droit français au moyen de deux procédés. Celui de la résiliation unilatérale fondé sur l'article 23, alinéa 1er, du livre Ier du code du travail et celui de la résiliation judiciaire fondé sur l'article 1184 du code civil.

En Allemagne, le procédé du licenciement le plus habituel est celui de la résiliation unilatérale de la part de l'employeur (Küdingung). Néanmoins, il existe également un procédé de résolution judiciaire fondé sur le paragraphe 7 de la loi du 10 août 1951 (Kündigungsschutzgesetz). Ce procédé (128) peut être utilisé par l'employeur mais aussi par le salarié. En ce qui concerne l'employeur, il peut en faire l'usage, quand la résiliation unilatérale de sa part est déclarée « contraire aux exigences sociales » (sozialwidrig) et, par conséquent, reste lié par le contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur peut demander la résolution du contrat par le juge, s'il fournit des raisons (dont il doit apporter la preuve) qui rendent la collaboration avec le salarié impossible. Nous allons examiner ultérieurement ce procédé en le comparant avec la résolution judiciaire en droit français.

En Grèce, le licenciement se réalise au moyen d'un procédé juridique unique, celui de la résiliation unilatérale de la part de l'employeur (kataguelia).

En Allemagne et en Grèce, une réglementation légale de la résiliation (Kündigung, kataguelia) est en vigueur. Cette réglementation est constituée en Allemagne par une loi très importante, celle du

(126) Marty et Raynaud, Droit civil, tome II, 1962, n° 67, p. 58 ; Colin, Capitant et J. de la Morandière, Traité de droit civil, tome II, 1959, n° 579 et s., p. 319 et s.

(127) Hueck, Kündigung und Entlassung nach geltenden Recht, 1921 avec un supplément 1924; Schmaltz, Die Entlassung, 1951.

(128) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 7, p. 131 et s.; du même auteur, Klage und Urteil im Kündigungsschutzstreit, Festschrift für Nipperdey, 1955, p. 99; Crone, Gesetzwidrige Kündigungen und richterliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, RdA, 1952, p. 244.

10 août 1951 dont le titre est très significatif : loi sur la protection contre le licenciement (Kündigungsschutzgesetz). En Grèce, elle est constituée essentiellement par les lois n^os^ 2112/1920 et 3198/1955, les articles 669-680 du code civil et les ordonnance n^os^ 99/1967 et 173/1967 concernant le licenciement collectif.

En Belgique, la matière est régie principalement par la loi du 10 mars 1900 modifiée par la loi du 4 mars 1954.

En Italie, une loi très importante concernant le licenciement a été récemment promulguée. Il s'agit de la loi du 15 juillet 1966 dont les dispositions sont très favorables aux salariés. Après la publication de cette loi, l'Italie et l'Allemagne sont les pays de la C.E.E. qui, en matière de licenciement, possèdent les systèmes juridiques les plus favorables aux salariés.

Nous avons constaté combien est complexe la définition du licenciement en tant que catégorie juridique. Cette complexité contraste avec la souplesse relative qui domine le problème de la cessation des contrats dans le domaine du droit civil.

Il y a là un aspect du phénomène qui caractérise l'évolution du droit du travail : l'émancipation progressive du contrat individuel de travail à l'égard du droit civil (129). Cette émancipation n'est elle-même qu'une conséquence du fait que l'essence et la structure de ce contrat échappent de plus en plus à l'emprise de la notion civiliste classique de contrat.

II. — LE PRINCIPE DU CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT, SA FONCTION ET SON ETENDUE

Entre la règle abstraite du droit et la vie réelle il y a une distance considérable. Sans nous préoccuper de la question de la nature des règles de droit et de leur incidence sur la réalité de tous les jours, il nous suffit de faire la simple constatation que la règle n'est perceptible par les citoyens qu'à travers ses applications à des cas réels déterminés. En fin de compte, ce qui importe le plus au citoyen n'est pas la règle de droit elle-même, mais la façon dont elle intervient dans son activité.

La mission d'appliquer la règle abstraite de droit à des cas concrets appartient au juge (130). La mission du juge présente donc un intérêt capital car c'est à travers ses décisions que la règle de

(129) Dersch, Entwiklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung von B.G.B., RdA 1958, p. 441; voir également le point de vue de Brecher, Das Arbeitsrecht als Kritik des Bürgerlichen Rechts, Festschrift für E. Molitor, 1962, p. 35 et s.

(130) Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, thèse, Zurich 1951, p. 1.

droit touche chaque individu. Cela signifie que si l'on veut étudier la justice réelle à un moment déterminé, il faut examiner la jurisprudence plutôt que l'état de la législation ou de la doctrine.

En ce qui concerne notre problème, l'action du juge présente une importance accrue. Cela tient au fait que les règles juridiques contiennent, en matière de licenciement, des notions fluides et d'un contenu très élastique. Donc, la détermination du contenu exact de ces notions par le juge concrétise, en fait, la règle de droit elle-même.

Le contrôle judiciaire n'est certes pas le seul concevable en matière de licenciement. On en distingue en général trois types : 1° contrôle judiciaire, 2° contrôle administratif et 3° contrôle « professionnel ». Presque tous les pays connaissent le contrôle judiciaire ainsi que le contrôle administratif. Ces deux contrôles diffèrent à un double titre. En premier lieu, ils sont confiés à des organes séparés : le pouvoir judiciaire d'une part, l'administration d'autre part. En second lieu, ils tendent vers des buts différents : le contrôle administratif répond à des impératifs d'ordre économique et aux nécessités de la politique gouvernementale de l'emploi, tandis que le contrôle judiciaire envisage la conformité des mesures prises par l'employeur avec les règles juridiques régissant les rapports entre employeurs et salariés.

Certains pays anglo-saxons connaissent un contrôle « professionnel » du licenciement. L'Italie, dans le cadre des accords interconfédéraux de 1960, a également adopté ce principe. Ces accords instituent un contrôle des motifs des licenciements individuels confié à un collège arbitral composé de membres des syndicats d'employeurs et de salariés (131).

Toutefois, le contrôle « professionnel » du licenciement n'a, jusqu'à présent, pas revêtu une importance considérable dans les autres pays de la C.E.E., qui accordent la prépondérance au contrôle judiciaire.

A. — L'action du juge en matière de contrôle du licenciement.

Notre sujet étant le contrôle judiciaire du licenciement, nous avons jugé utile de rappeler très brièvement quelques problèmes qui se posent à propos de l'action du juge en général et l'incidence des solutions proposées sur la question particulière qui nous préoccupe.

(131) MENGONI, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1966, p. 498.

L'action du juge appréciée d'un point de vue technique se présente de la façon suivante : examen et vérification des faits invoqués, s'il s'agit d'un juge du fond; détermination de la règle de droit applicable en la matière; application de la règle ainsi déterminée aux faits établis, ce dernier point constituant le dispositif de l'arrêt.

Si la vérification des faits invoqués ne présente pas de difficultés particulières, l'action du juge, quant à la détermination de la règle de droit applicable, pose des problèmes touchant l'essentiel même de la science du droit. C'est le problème de l'interprétation de la règle de droit (132).

Nous n'allons pas nous préoccuper ici du problème de l'interprétation de la règle de droit qui relève plutôt de la philosophie du droit. Nous essayerons seulement de tracer les lignes qui déterminent l'action du juge en la matière.

La mission la plus importante confiée au juge est celle de l'interprétation de la règle de droit. Elle peut se présenter sous deux aspects : remplir les lacunes éventuelles ou donner un contenu exact à des concepts juridiques laissés volontairement imprécis par le législateur.

Les lacunes peuvent concerner des points de détails, lesquels n'ont pas été compris lorsque le législateur a manifesté sa volonté ou auxquels il n'a pas pensé. Mais, à supposer que la législation ait été complète dès le départ, des lacunes peuvent apparaître en raison de l'évolution de la matière concernée. Des situations nouvelles peuvent se créer qui n'ont pas été prévues par le législateur lorsqu'il légiférait plusieurs années auparavant. Le juge doit combler les lacunes.

Très souvent, le législateur utilise délibérément des concepts d'un contenu assez vague et susceptibles de transformations dans le temps, tels que « abus de droit », « faute », « bonne foi », « bonnes mœurs » et surtout la notion de « cause sérieuse » en ce qui concerne le licenciement. Le contenu de ces notions doit être défini chaque fois qu'elles interviennent dans un cas d'espèce. Naturellement, ce travail de concrétisation est confié au juge. Son importance est considérable et d'un certain point de vue est de la même essence que le travail du législateur.

Dans le droit moderne, une orientation se dégage en ce qui concerne la mission du juge. C'est l'élargissement progressif de ses pouvoirs dans l'application des lois (133). Cette tendance est à l'opposé

(132) Geny, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 2e éd. nouveau tirage 1954; C. Tsatsos, Le problème de l'interprétation du droit, Athènes 1932.

(133) Ligeropoulos, La jurisprudence comme facteur de la formation du droit privé, Salonique 1932, p. 3 et s.

des thèses anciennes inspirées par Montesquieu et d'après lesquelles le juge aurait à appliquer en quelque sorte la loi d'une façon mécanique et automatique, sans aucune liberté dans son interprétation. Cette conception fondée sur le postulat *de la « plénitude logiquement nécessaire du droit positif »* s'expliquait, d'une part, par la *théorie de la séparation des pouvoirs* et, d'autre part, par la crainte, historiquement fondée à l'époque, *du subjectivisme du juge.* On s'efforçait de protéger le citoyen contre le danger de l'autoritarisme de la part du juge. Cette conception était dominante jusqu'à la fin du siècle dernier.

Mais à l'aube du XX^e^ siècle une tendance inverse se développe en doctrine. Le doyen Geny en France (134), Kohler, Jhering, Dernburg et autres en Allemagne (135), pensent en général, que la conception d'après laquelle les solutions pratiques doivent découler d'une élaboration logique, abstraite et en quelque sorte mathématique de la règle du droit faite par le juge, doit être abandonnée. Ils pensent que le juge doit avoir une certaine liberté dans son action (136). Il doit chercher la solution que le législateur aurait adopté s'il avait légiféré à la même époque et dans les mêmes circonstances (137).

Ces conceptions ont contribué au renforcement du rôle de la jurisprudence. Ainsi, la grande majorité de la doctrine attribue à la jurisprudence un rôle très important quant à la création du droit (138).

Cette évolution a entraîné un changement dans la technique de l'interprétation du droit par le juge. La méthode de l'exégèse des

(134) La première édition de son ouvrage précité date de 1899.

(135) Voir, pour l'évolution historique du problème, les observations de M. le professeur LICEROPOULOS, *op. cit.*, pp. 23-33; aussi, STEINKE, Die richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, thèse, Cologne 1963, pp. 8-21.

(136) MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, thèse, Zurich 1951, p. 2 et s.

(137) LICEROPOULOS, *op. cit.*, p. 9 et s.

(138) MARTY et RAYNAUD, Droit civil, tome I, §§ 119, 120, pp. 201, 203, 204 et s.; COLIN, CAPITANT et J. DE LA MORANDIÈRE, Traité de droit civil, tome I, 1957, n° 297, p. 172; MAZEAUD, Leçons de droit civil, tome I, 3^e^ éd. 1965, n^os^ 105-112, p. 124 et s.; DURAND et autres, Les sources du droit de travail, Collection du droit du travail des pays membres de la C.E.C.A., 2^e^ éd. 1962, p. 110; WALINE, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *in* « La technique et les principes du droit public », études en l'honneur de G. Scelle, 1950, tome II, p. 613 et s.; ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des privatsrechts, Tübingen 1956, p. 139; LICEROPOULOS, ouvrage précité; comparer avec le point de vue de MAURY, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, *in* « Le droit français au milieu du XX^e^ siècle », études offertes à G. Ripert, 1950, tome I, p. 28 et s.; RIPERT, Les forces créatrices du droit, 1955, p. 12 et s.; P. ESMEIN, La jurisprudence et la loi, rev. tr. dr. civ. 1952, p. 19 et s.; O. DUPEYROUX, La jurisprudence, source abusive de droit, *in* Mélanges Maury, 1960, tome II, p. 349 et s. et la bibliographie citée; BOLDT, Les sources du droit du travail, Collection du droit du travail des pays membres de la C.E.C.A., 2^e^ éd. 1962, p. 59 et s.

textes est aujourd'hui remplacée par une interprétation d'inspiration, plutôt téléologique. Déjà Aristote s'exprimait ainsi :

" "Οταν οὖν λέγῃ μέν ὁ νόμος καθόλου, συμβῇ δ'ἐπί τούτου παρά τό καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἤ παραλείπει ὁ νομοθέτης καί ἥμαρτεν ἁπλῶς εἰπών, ἐπανορθοῦν τό ἐλλειφθέν, ὅ κἄν ὁ νομοθέτης αὐτός (ἄν) εἶπεν ἐκεῖ παρών καί, εἰ ἤδει, ἐνομοθέτησεν (ἄν)" (139) (140).

Depuis cette époque l'importance de la finalité du droit a été mise en lumière avec éclat par Jhering (« Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts ») dans son fameux ouvrage « Zweck im Recht » (141).

Il faut toutefois remarquer que le juge utilise dans son interprétation de la règle du droit des techniques particulières. Celles-ci ont été très clairement exposées par M. le professeur Michaelides-Nouaros (142). Le procédé le plus significatif est l'élargissement par le juge du contenu obligatoire du contrat ou du contenu de la loi.

De tout ceci, nous devons retenir, en ce qui nous concerne, que l'action du juge doit être constamment guidée par la finalité du droit de travail, et plus spécialement par la finalité de ses règles applicables au licenciement. Cette conclusion se justifie par le caractère même du droit du travail. Tandis que le droit civil présente une certaine stabilité, le droit du travail se trouve en constante différenciation en raison des changements rapides et parfois structurels des rapports de travail. Le plus souvent, il y a un décalage entre les changements du droit du travail et les changements des rapports de travail existant dans la société. Dans ce cas, seule la jurisprudence peut apporter des remèdes. Or, le juge ne peut accomplir cette mission que s'il s'inspire dans les solutions qu'il donne de la finalité des textes qu'il applique et, en dernier ressort, de la finalité du droit du travail.

(139) Aristotelis, Ethica Nicomachea, X, 5, 1137*b*, F. Susemihl, Lipsiae (Teubner), 1880.

(140) « Quand, par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas *en dehors de la règle générale*, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, *de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question.* » (Aristote, Ethique à Nicomaque, traduction J. Tricot, Paris 1959, p. 267.

(141) Larenz, Methodenlehre der Richtswissenschaft, 1960, p. 42 et s.; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, § 21, p. 225 et s., et la bibliographie citée.

(142) La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de l'interprétation judiciaire, Grèce, Extrait de la Semaine Internationale de Droit, Paris, A. Pedone 1954; voir également, Perreau, Technique de la jurisprudence en droit privé, tome I, Paris 1923.

D'ailleurs, le juge peut, mieux que le législateur, percevoir les transformations dont il a été question auparavant. Son contact quotidien avec la vie réelle l'y contraint. Etant obligé d'apporter une solution à des problèmes se présentant sous un jour nouveau ou dont les données ont été altérées par les changements intervenus, il est amené à introduire des innovations. Celles-ci étant le résultat de la nouvelle réalité objective sont, pour la plupart, consacrées par le législateur ou constituent sa principale inspiration pour des interventions ultérieures. Ainsi, la jurisprudence, surtout en droit du travail, revêt un aspect précurseur et vaut comme source d'inspiration du législateur.

Certes, l'attitude de la jurisprudence laisse parfois à désirer sur ce plan. Au lieu de jouer un rôle unificateur et promoteur, elle prend des apparences conservatrices en adoptant des solutions qui freinent les mesures progressistes prises par le législateur. Sur ce plan nous n'avons qu'à rappeler les justes observations de MM. les professeurs G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen (143).

L'influence de la juriprudence dans la formation et l'évolution du droit du travail est donc très considérable. Mais l'examen de ce problème est hors de notre sujet (144).

Au commencement de notre introduction, nous avons constaté le caractère de protection du droit du travail. Mais il serait schématique de dire que le juge doit s'inspirer dans son action de cette finalité globale. Il est vrai que chaque disposition particulière poursuit un but particulier. Ceci est également vrai pour les dispositions qui régissent le licenciement. Ces dernières sont liées étroitement au problème de l'emploi. Pour examiner l'action du juge concernant leur application, il faut donc situer cette action dans le cadre du problème de l'emploi, de sa mobilité et de sa stabilité.

B. — Le contrôle judiciaire du licenciement et le problème de l'emploi.

L'emploi constitue aujourd'hui un sujet aux aspects multiples (145) qui préoccupe l'actualité scientifique et l'actualité tout court (146).

(143) Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 57, p. 51; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 10.

(144) Il a été entrepris par M. Steinke dans sa thèse intitulée : Die richerliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Cologne 1963, avec de riches indications bibliographiques.

(145) Demondion, Les problèmes de l'emploi, Paris 1960.

(146) C'est sans doute pour cette raison que M. le professeur G. Lyon-Caen y a consacré son cours de doctorat de l'année 1966-1967.

Des divers aspects du problème de l'emploi, nous allons en souligner deux. Son aspect économique et par là collectif d'abord, son aspect humain et par conséquent individuel ensuite.

Sous son premier aspect, l'emploi constitue une des données du problème du développement économique de chaque pays. Vu sous cet angle, l'emploi est l'objet de mesures tendant à mieux servir le développement économique. Dans ce cadre, l'ensemble des mesures constituant la politique de l'emploi (147) sont une partie de la politique économique en général (148). Dans ce contexte, la ligne directrice de la politique des pouvoirs publics est la subordination de l'emploi aux exigences des finalités économiques.

Mais l'emploi présente également un aspect humain, extrêmement aigu. Le travailleur s'attache à son emploi parce qu'il constitue la seule source de ses moyens de subsistance. Le changement d'emploi pose pour lui des problèmes économiques et psychologiques assez graves. Les bouleversements économiques de ces dernières décennies, qui ont surtout brutalement affecté l'emploi, ont rendu les salariés très sensibles à tout ce qui, de près ou de loin, touche à la stabilité de leur poste de travail.

Ainsi le domaine de l'emploi constitue le champ sur lequel s'affrontent de préférence l'économique et le social, dont, par ailleurs, l'opposition marque l'ensemble du droit du travail (149). En fait, toutes les mesures tendant à rendre une économie nationale plus compétitive (concentrations, fusions ou reconversions d'entreprises, automation, rationalisation de la production, etc.) ont des répercussions, parfois graves, sur l'emploi. Ces mesures étant indispensables à cause de la concurrence internationale, elles transforment les perturbations qui en résultent en phénomène quasi habituel, même dans une période de croissance économique.

On constate que la stabilité de l'emploi constitue une des tendances les plus profondes du droit du travail (150), du moins jusqu'à aujourd'hui. Certains, surtout en Allemagne, avaient parlé de propriété de l'emploi (151).

(147) Répartition territoriale de la main-d'œuvre, mesures de mobilité ou de stabilité.

(148) Ehret, Der Weg zur Vollbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, thèse, Bâle 1959, p. 9 et s.; aussi Worswick, Die Stabilität und Elastizität der Vollbeschäftigung, cité par le même auteur, *op. cit.*, note 121.

(149) Camerlynck et Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 23 et s., p. 23 et s.

(150) Despax, Stabilité de l'emploi et mobilité de la main-d'œuvre, D. 1960, Chr. p. 229; P. Durand, Un remarquable exemple de stabilité de l'emploi : la législation fédérale des Etats-Unis du Brésil, Dr. soc. 1954.460.

(151) Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, n° 137, p. 296 et s.; Durand et Vitu, tome II, n° 49, p. 96; Hedemann, Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, RdA, 1953, p. 121 et s.

Aujourd'hui, les opinions semblent être plus nuancées en Allemagne. Le salarié est plus ou moins reconnu par la doctrine comme titulaire d'un droit sur son poste de travail. Mais différentes opinions ont été émises quant à la nature juridique de ce droit. Certains pensent qu'il s'agit d'un droit absolu, assimilable à la propriété, d'autres, qu'il s'agit d'un droit relatif. D'autres enfin n'ont pas adopté de position claire (152).

Mais une stricte stabilité de l'emploi n'est pas possible dans le contexte économique national et international moderne. Pour certains économistes, elle n'est même pas souhaitable. Ils affirment qu'elle conduit à une rigidité et à une sclérose dans la production qui empêchent l'augmentation de la productivité. Ils en prennent des exemples dans l'actualité.

Il ne nous appartient pas d'examiner ces conceptions quant au fond. Mais nous soulignerons que, dans le contexte économique d'aujourd'hui, vu tant sous son aspect statique que dynamique, une stabilité de l'emploi au sens strict n'est pas possible (153). La croissance économique entraîne des transformations dans l'organisation de la production qui nécessitent et provoquent à leur tour une mobilité de la main-d'œuvre.

A vrai dire, ce qui intéresse le plus les salariés, n'est pas leur poste de travail lui-même, mais plutôt la sécurité et la continuité de leur rémunération. C'est pour cela qu'aujourd'hui on parle plutôt de *sécurité* que de *stabilité* de l'emploi.

La stabilité de l'emploi étant donc impossible à atteindre en raison des facteurs économiques, il reste au juriste l'examen des méthodes et des possibilités conduisant à une atténuation des conséquences néfastes, sur le plan individuel, d'une relative mobilité ou élasticité de l'emploi. Certes, cette élasticité pose de graves problèmes sur un autre terrain, celui des salaires. Les salariés, ayant accepté les inconvénients d'une relative mobilité requise par le développement économique, ont certainement droit aux résultats de ce développement. Mais, ce problème étant hors de notre sujet, nous nous bornons à le rappeler.

(152) Voir pour l'état de la doctrine en Allemagne la thèse de M. MARTENS, Das Recht am Arbeitsplatz im Schrifttum und nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Kündigungsschutz und Arbeitskampf, Münster 1963, pp. 7-18. L'auteur après une étude approfondie de la jurisprudence et de la doctrine allemandes est amené à reconnaître au salarié un droit sur son poste de travail. Il a le caractère d'un droit relatif, voir *op. cit.* p. 105 et s. Pour les éléments comparatifs du problème, voir KATZ, Das recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz (Eine internationale Uebersicht), RdA 1956, p. 169 et s.

(153) DESPAX, Chronique précitée et ses références bibliographiques, notes 5 et 6, p. 229.

Sur ce plan le rôle du contrôle judiciaire paraît considérable. En vérité, le juge appelé à trancher un litige provoqué par un licenciement doit partir des circonstances particulières de l'espèce et des intérêts individuels en présence. Il est plutôt déterminé par les données individuelles qui lui sont soumises que par les données économiques abstraites du problème. Sans doute, les exigences économiques générales le préoccupent et il doit les avoir toujours à l'esprit, mais il ne les observe qu'à travers les données humaines et vives du problème qui est porté devant lui.

Cette place du juge confère un intérêt particulier à son action tant sur le plan pratique que sur le plan général. Sur le plan pratique d'abord, car c'est à travers les décisions du juge que les particuliers sont, en définitive, affectés par la loi et, par conséquent, c'est la jurisprudence qui constitue le droit vivant d'une époque donnée. Sur le plan général, ensuite, car les solutions jurisprudentielles mettent les règles abstraites de droit à l'épreuve de la pratique; les résultats donc de cette épreuve ont une influence, parfois déterminante, sur l'action du législateur. Par ailleurs, si la jurisprudence présente, dans certains domaines, un caractère d'uniformité et de continuité, elle prend la fonction d'une règle de droit. Très fréquemment dans le passé, le législateur a consacré *a posteriori* des solutions jurisprudentielles.

C'est donc pratiquement au juge qu'incombe la tâche de remédier aux conséquences défavorables d'une mobilité de la main-d'œuvre exigée par des facteurs économiques. Son action sera orientée vers l'établissement d'une *sécurité dans l'emploi* formée par un ensemble de solutions conséquentes et cohérentes. Mais l'action du juge sur ce terrain doit être caractérisée par une grande prudence, car le juge n'a pas pour mission de s'occuper des problèmes économiques, tels que la politique de l'emploi, dont la solution appartient aux autorités compétentes. Son point de vue est celui de la justice.

Le problème de la stabilité de l'emploi doit être examiné dans le contexte des conditions de travail en général. On ne peut s'en occuper en raisonnant dans l'abstrait. L'histoire, et même la plus récente, nous donne des exemples d'une stabilité de l'emploi au sens formel mais qui intervenait dans des conditions qui la rendaient peu enviable pour les salariés d'aujourd'hui.

En Allemagne national-socialiste, il existait une stabilité de l'emploi « exemplaire » (154). L'ordonnance du 1er septembre 1939 sur le changement de place de travail (Arbeitsplatzwechselverordnung) enlevait toute possibilité de résiliation *à l'employeur* et *au salarié* sans l'autorisation du service administratif de travail. D'ailleurs, le

(154) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, p. 15 et s.

service administratif n'examinait pas, pour accorder ou refuser cette autorisation, les motifs d'ordre individuel ou social. Elle prenait *exclusivement* en considération les motifs d'ordre économique et surtout les exigences de la répartition de la main-d'œuvre. Les conditions de travail à l'époque, en réalité et en droit, étant connues, cette stabilité n'était pas favorable aux salariés.

En Grèce occupée également, le décret législatif n° 424/1941 (155) assurait une stabilité de l'emploi plus renforcée que la législation contemporaine. Néanmoins, le contexte économique et social de l'époque rendait cette stabilité absurde.

Il ne faut donc pas avoir une vue fragmentaire du problème de la stabilité de l'emploi mais une vue globale, en la situant en liaison avec les autres facteurs qui constituent l'ensemble des conditions de travail. Cela concerne, certes, le législateur mais également le juge qui doit appliquer la règle du droit du travail, non d'une façon mécanique mais d'une façon fonctionnelle et téléologique.

C. — Contrôle a priori ou contrôle a posteriori ?

Pour déterminer l'étendue du contrôle judiciaire du licenciement, il faut, tout d'abord, situer son exercice dans le temps. C'est-à-dire, préciser le moment du contrôle par rapport au fait du licenciement.

Cette question n'est pas des moins importantes. En effet, le « fait accompli » a un poids considérable dans les rapports de travail. Le salarié licencié se trouve subitement privé des ressources propres à assurer sa subsistance. Le fait que ce licenciement soit illégal ne modifie pas la situation. Le salarié doit soutenir une lutte judiciaire, longue et difficile, pendant que ses besoins deviennent de plus en plus aigus. Cet état de fait l'oblige assez souvent à conclure des transactions en abandonnant une partie de ses droits en contrepartie d'une réintégration ou d'autres solutions présentant pour lui certains avantages. Certes, cette situation est moins grave en temps de plein emploi et d'expansion économique. Le salarié peut trouver plus facilement un autre poste de travail et remédier ainsi aux inconvénients de sa situation. Mais une telle solution résulte de facteurs économiques (plein emploi) et non de facteurs juridiques.

Logiquement, le contrôle judiciaire peut soit précéder soit suivre le licenciement. Dans le premier cas, il s'agira d'un contrôle *a priori*, dans le second d'un contrôle *a posteriori*.

(155) Liceropoulos, La résiliation du contrat de travail d'après le décret législatif n° 424/1941, Athènes, 1942.

Le contrôle préalable est incontestablement plus favorable au salarié car il évite la situation défavorable dans laquelle il se trouve après son licenciement et pendant le déroulement de la procédure de contrôle. Mais ce système du contrôle préalable n'a jamais été appliqué entièrement et avec toutes ses conséquences logiques. Au contraire, le contrôle *a posteriori* constitue la règle à laquelle il n'existe que de rares exceptions.

Contrairement au contrôle judiciaire, le contrôle administratif du licenciement est un contrôle préalable. Mais ce contrôle, étant donné les objectifs qu'il vise, ne peut pas donner satisfaction sur le plan individuel.

En matière de licenciement, le contrôle judiciaire *a posteriori* constitue donc la règle générale. D'ailleurs, ce même contrôle *a posteriori* constitue également la règle générale en droit civil. Le juge intervient, en principe, après les actes des parties et essaye de résoudre les litiges qui sont surgis, pour la plupart, au sujet d'événements intervenus dans le passé.

En matière de licenciement, l'employeur peut se faire justice lui-même (156). C'est *après* que le juge dira si son action a été ou non légale.

Ces solutions s'expliquent également par le fait que le contrat de travail possède un contenu spécifique. Il ne s'agit pas d'un simple échange de prestations. Ces prestations existent certes, mais elles se situent dans le cadre d'une collaboration de fait entre le salarié et l'employeur. Cette collaboration met en lumière le caractère fortement personnel des rapports de travail (157). La conséquence de ce caractère est que si cette collaboration de fait ne peut plus continuer, le lien juridique se trouve gravement compromis, puisque son but ne peut plus être atteint. Dans ces circonstances, le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du contrôle judiciaire présente des inconvénients économiques pour l'employeur. Donc, dans un système où l'entreprise est considérée sous l'angle de sa rentabilité économique, le salarié en question doit en être éloigné.

La raison profonde de l'adoption du contrôle *a posteriori* est donc d'ordre économique. Un salarié qui ne peut plus collaborer au sein d'une entreprise compromet, dans une certaine mesure, la rentabilité économique de celle-ci. C'est après son éloignement de fait que les juges examineront les raisons de son licenciement et édicteront leurs sanctions.

(156) P.-D. Ollier, Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail, Dr. soc 1967, p. 501 et s.

(157) Farthmann, Der « Personenrechtlicher Charakter » des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, p. 5.

Mais le contrôle *a posteriori,* s'il s'explique par des considérations économiques générales, ne cesse pas de présenter des inconvénients graves sur le plan individuel et social. S'il ne peut pas trouver un nouveau poste de travail, le licencié reste privé de ses ressources économiques et l'intervention du juge est faussée, en fait, surtout si la charge de la preuve lui incombe.

Les possibilités d'un contrôle judiciaire préalable ont été extrêmement réduites et, à présent, il n'y a pas d'exemple d'un véritable contrôle judiciaire préalable au licenciement. Néanmoins, il existe des cas ambigus qui ne revêtent que l'apparence de contrôle préalable mais, qui en fait, ne manifestent ce contrôle qu'après l'éloignement du salarié de l'entreprise.

C'est d'abord le procédé de résolution judiciaire du contrat de travail fondé sur l'article 1184 du Code civil. Cette procédure est utilisée pour le licenciement de délégués du personnel ou de membres du comité d'entreprise qui sont spécialement protégés contre le licenciement. Elle est également utilisée pour le licenciement de salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée. La résolution judiciaire dans ces deux cas pose des problèmes multiples qui seront examinés quand nous aborderons la question du contrôle judiciaire lors de cette procédure. Ici, nous nous bornerons à rappeler ces questions uniquement du point de vue du contrôle, préalable ou non, du juge.

Dans ces cas, le contrôle judiciaire doit être préalable. Le contrat ne prend fin qu'avec la décision du juge qui résoud le contrat de travail. En effet l'article 1184 du Code civil stipule que la résolution n'opère pas de plein droit, mais doit être demandée en justice. Jusqu'au moment donc de la décision du juge, le salarié doit continuer à travailler et recevoir son salaire.

Mais il n'en est pas ainsi. En ce qui concerne le contrat de travail à durée déterminée, la jurisprudence autorise la rupture immédiate et sans recours préalable à la justice. Elle invoque le caractère personnel du contrat de travail qui implique une collaboration constante et confiante des parties, cette collaboration étant gravement compromise par le procès en cours qui oppose l'employeur à son salarié et qui risque de porter atteinte à l'autorité de ce dernier (158). Ici donc, l'employeur renverra son salarié en invoquant une faute grave. Ce dernier saisira la justice qui appréciera, *a posteriori,* s'il y a eu faute grave et par là même si le renvoi est justifié. Cela signifie que l'employeur se fera justice à lui-même en risquant une condamnation

(158) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 138, p. 128 et s.

ultérieure à des dommages-intérêts étant donné que la jurisprudence française ne prononce pas la réintégration du salarié.

En ce qui concerne maintenant les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise, le contrôle du juge dans la procédure de résolution de leur contrat est également un contrôle *a posteriori*. On arrive à ce résultat malgré une apparence de contrôle *a priori* donnée par les textes. En effet, l'article 22 de l'ordonnance du 22 février 1945 et l'article 16 de la loi du 16 avril 1946 disposent qu' « en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive ». Cette « décision définitive » jusqu'au moment de laquelle peut durer la mise à pied est, pour la chambre criminelle, la seule décision de l'inspecteur du travail sur la demande d'autorisation de licenciement de la part de l'employeur (159). Mais pour la section sociale de la même Cour de cassation, cette « décision définitive » peut être la décision judiciaire à la suite d'une action en résolution (160) et la mise à pied peut être prolongée jusqu'à ce qu'elle intervienne. C'est donc, *après* l'éloignement du salarié de l'entreprise que le juge exerce son contrôle. De toute façon, le salarié ne peut plus récupérer son poste de travail si l'employeur s'y oppose. Le juge ne prononce pas la réintégration même en cas de rejet de l'action en résolution introduite par l'employeur mais une condamnation de ce dernier à des dommages et intérêts.

Cette situation n'a pas été modifiée en pratique par le décret du 7 janvier 1959 qui précise que la « décision définitive » est celle de l'inspecteur du travail qui doit intervenir dans les huit jours. Si l'inspecteur du travail refuse le licenciement sollicité par l'employeur, le salarié-délégué du personnel doit reprendre ses fonctions (161). Mais, si l'employeur refuse de réintégrer le salarié il n'y a pas moyen de l'y forcer.

La jurisprudence considère qu'il s'agit d'une obligation de faire ne pouvant donner lieu qu'à des dommages-intérêts dans le cas où l'employeur refuse de l'exécuter. Cette jurisprudence est constante depuis un arrêt de principe de la Chambre sociale de la Cour de cassation (162) confirmé par des décisions ultérieures. On examinera ultérieurement cette jurisprudence. Ici nous retiendrons le fait qu'elle conduit en pratique à un contrôle *a posteriori*. L'employeur éloignera de son entreprise le salarié-délégué du personnel qui ne

(159) Cass. crim. 24 mars 1955, D. 1955.501; 6 mars 1957, D. 1957.317 et 30 mars 1960, Dr. soc. 1961.49.

(160) Cass. soc. 21 février 1952, D. 1952.290.

(161) Cass. crim. 25 mai 1961, D. 1961, somm. 115 ; Cass. soc. 13 décembre 1961, Dr. soc. 1962.235.

(162) Cass. soc. 27 novembre 1952, D. 1953.239.

peut pas récupérer son poste de travail sans l'assentiment de l'employeur et cela, *quelle que puisse être l'issue du procès en résolution judiciaire.* Ainsi, nous nous trouvons ici également dans un cas de contrôle judiciaire *postérieur* à la perte de son poste de travail par le salarié.

Nous avons donc constaté qu'en France le juge n'exerce son contrôle qu'après le licenciement.

Le contrôle *a posteriori* est également la règle en Allemagne, tant en ce qui concerne le licenciement ordinaire qu'extraordinaire. Dans les deux cas le juge est saisi par le salarié *après* son licenciement En cas de licenciement ordinaire (ordentliche Kündigung) le salarié licencié saisira la justice, dans les délais prévus, par une action en protection visant à déclarer celui-ci « socialement non justifié » (sozial ungerechtfertigt). La conséquence de la qualification du licenciement de « socialement non justifié » est que celui-ci est juridiquement inefficace (rechtsunwirksam) en vertu du paragraphe 1, alinéa 1er du KSchG. Donc, le contrat de travail subsiste. Mais ce que nous retiendrons pour l'instant, c'est que le juge est appelé à contrôler le licenciement ordinaire *après que celui-ci ait eu lieu.*

En cas de licenciement extraordinaire (ausserordentliche Kündigung) le contrôle du juge est également postérieur. Le salarié saisira le juge, dans les délais prévus, d'une demande tendant à faire reconnaître que son contrat subsiste malgré la dénonciation de ce dernier par l'empolyeur. Il fondera sa demande en alléguant que la « cause sérieuse » de licenciement (wichtiger Kündigungsgrund) qui devrait justifier celui-ci n'existe pas. Le juge examinera donc *a posteriori,* si la « cause sérieuse » invoquée par l'employeur existe ou non. Il opère donc un contrôle *a posteriori.*

Si, du point de vue du caractère préalable ou postérieur du contrôle préalable, les choses se présentent clairement en cas de licenciement ordinaire ou extraordinaire, elles le sont moins lorsqu'un autre procédé juridique de licenciement est utilisé. Il s'agit d'une procédure fondée sur le paragraphe 7 du KSchG et qui consiste essentiellement en une résolution judiciaire de la relation de travail (163). Nous étudierons ultérieurement cette procédure. Pour l'instant nous signalons qu'elle a lieu sur demande de l'employeur, *si le licenciement prononcé antérieurement par lui est déclaré antisocial par le juge.* L'employeur doit invoquer et prouver, pour faire accepter sa demande en résolution judiciaire, les raisons qui ne permettent pas d'envisager une collaboration ultérieure avec son salarié pour la poursuite des buts à atteindre par l'entreprise. Il peut for-

(163) Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Arbeitsgerichts.

muler cette demande pendant le procès qui lui est intenté par son salarié.

Le juge ne délibère sur la demande en résolution que si le licenciement a été déclaré auparavant anti-social. Le contrat de travail subsiste donc pendant cette délibération. On pourrait soutenir, en conséquence, que ce contrôle spécifique du juge allemand est un contrôle *a priori*. Mais, il n'en est pas tout à fait ainsi en pratique. En effet, le juge, s'il accepte la demande en résolution de l'employeur, doit fixer dans sa décision le moment où la relation de travail a pris fin. En général, il fixe comme moment de cessation de la relation de travail le moment où a été donné le congédiement déclaré ensuite anti-social (164). Par conséquent, si le juge accepte la demande en résolution, son contrôle est, en fait, exercé *postérieurement* à l'éloignement du salarié de l'entreprise. Par contre, si le juge rejette la demande en résolution, la relation de travail n'a jamais cessé d'exister et le salarié peut retrouver son poste de travail dont il a été éloigné par l'employeur. Mais nous signalons que, même dans cette procédure spéciale de licenciement, *le juge délibère après l'éloignement effectif du salarié de l'entreprise*. C'est seulement s'il rejette la demande en résolution que le salarié peut retrouver son emploi.

En Grèce, le contrôle judiciaire est toujours un contrôle *a posteriori*. Mais pour certaines catégories de salariés spécialement protégés, il existe un contrôle *a priori* au sens strict. Il s'agit des cadres syndicaux et de certaines catégories d'anciens combattants. Ces salariés ne peuvent être licenciés que pour certains motifs énumérés dans la loi. Leur constatation qui doit être *préalable* à leur renvoi est confiée à une commission à caractère administratif comprenant des représentants des salariés et des employeurs et qui est présidée par un magistrat dont la voix est prépondérante en cas d'égalité. Mais, malgré cette collaboration judiciaire, la commission n'exerce qu'un contrôle à caractère administratif qui, d'ailleurs, est très efficace sur le plan pratique, car il a certains effets obligatoires pour l'autorité judiciaire. Nous examinerons ultérieurement cette question. Pour le moment nous retiendrons qu'en Grèce le contrôle judiciaire du licenciement s'opère toujours postérieurement. Il en est de même pour les autres pays du Marché Commun.

Nous avons constaté qu'en règle générale, dans les systèmes juridiques que nous examinons, le contrôle judiciaire du licenciement est un contrôle *a posteriori*. Le seul cas de licenciement où un contrôle préalable paraît juridiquement possible est la résolution

(164) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7e éd., tome 1, 1963, p. 664, note 143 avec les références en jurisprudence et en doctrine.

judiciaire sur demande de l'employeur. Ici, il faut distinguer deux points chronologiques : celui de l'éloignement effectif du salarié de son poste de travail et celui où le contrat de travail prend officiellement fin. Une constatation commune ressort aisément : le contrôle judiciaire s'exerce *après le renvoi effectif du salarié.* Mais, en droit français, il ne peut plus reprendre son emploi sans l'assentiment de l'employeur et cela quel que puisse être le résultat du contrôle judiciaire. Le moment de son licenciement coïncide donc avec le moment de la cessation effective de son contrat de travail. Le contrôle judiciaire est, par conséquent, postérieur sur ces deux points qui, en fait, se résument à un seul. En droit allemand, au contraire, le salarié peut reprendre son emploi en cas de rejet de la demande en résolution judiciaire. Certes, *le contrôle judiciaire s'exerce alors après l'éloignement effectif du salarié de son poste de travail, mais non nécessairement après la cessation officielle de son contrat de travail.* Si le juge ordonne la résolution, il fixe généralement comme point de cessation le moment du renvoi effectif et, dans ce cas, le contrôle judiciaire est postérieur comme en droit français. Si le juge accepte la résolution sollicitée mais fixe (comme il en a droit) pour date de cessation du contrat un moment ultérieur au renvoi effectif, le contrôle est certes postérieur à ce dernier, mais antérieur à la cessation effective du contrat de travail. Si, au contraire, le juge refuse la résolution sollicitée, le salarié peut retrouver son poste de travail. Par conséquent, le contrôle judiciaire est ici postérieur à l'éloignement effectif du salarié mais *préalable* au point de vue de la cessation du contrat.

En définitive, les différences sur ce point entre le droit français et allemand, tiennent à la nature des sanctions du contrôle judiciaire qui sont différentes. Mais le contrôle judiciaire du licenciement est, en règle générale, un contrôle *a posteriori.*

D. — Influence sur l'étendue du contrôle de la nature du licenciement.

L'étendue du contrôle judiciaire du licenciement n'est pas toujours la même. Elle varie en fonction de plusieurs facteurs. Ceux-ci sont généralement : les règles légales concernant un licenciement donné, la nature juridique des rapports liant le salarié à son employeur et, surtout, la nature interne du licenciement lui-même.

M. le professeur G. Lyon-Caen a analysé le licenciement de ce dernier point de vue et a abouti à l'établissement d'une distinction entre ce qu'il a appelé le *licenciement libérateur* et le *licenciement*

sanctionnateur (165). Dans le premier cas, le licenciement serait un moyen pour l'employeur de *reprendre sa liberté* et dans le second un moyen de *sanctionner* une faute du salarié.

Cette distinction, justifiée surtout sur le plan européen, est moins claire en France, tout au moins en théorie, car, en pratique, elle commence à se dessiner. Une telle distinction offre un intérêt considérable quant à l'étude du contrôle judiciaire du licenciement et, à ce titre, elle inspirera la suite de notre travail.

La distinction entre licenciement libérateur et licenciement sanctionnateur découle d'une classification systématique entre le licenciement ordinaire et extraordinaire adoptée expressément ou implicitement par certains droits européens.

C'est le droit allemand qui oppose le plus nettement ces deux formes de licenciement (ordentliche Kündigung - ausserordentliche Kündigung). Leur nature interne ainsi que leur régime juridique sont différents. Le licenciement ordinaire est régi par la loi du 10 août 1951 (KSchG) tandis que le licenciement extraordinaire est régi essentiellement par le paragraphe 626 BGB. Le paragraphe 11 de la loi du 10 août 1951 (KSchG) stipule (166) que les dispositions concernant le droit de procéder à un licenciement extraordinaire ne sont pas affectées par ladite loi. Ces dispositions sont essentiellement le paragraphe 626 du Code civil allemand, le paragraphe 70 du Code de commerce allemand et quelques autres, qui justifient essentiellement la dénonciation d'un contrat successif sans observation de préavis en cas d'existence d'une « cause sérieuse » (167). Les rapports de la loi du 10 août 1951 avec le licenciement extraordinaire sont réglés par le paragraphe 11 de cette loi (168) sur certains points secondaires. Mais l'essentiel est que cette loi régit le licenciement ordinaire tandis que la protection mise en place par la loi du 10 août 1951 ne joue pas en cas de licenciement extraordinaire (169).

La différence entre ces deux formes de licenciement était précédemment très nette et aiguë. Le licenciement ordinaire était libre et l'employeur ne devait invoquer aucune raison pour le justifier. Au contraire, le licenciement extraordinaire n'était valable que s'il existait une « cause sérieuse ». En outre, le licenciement ordinaire était caractérisé par l'observation d'un préavis tandis que le licenciement

(165) G. Lyon-Caen, Droit social européen, Les Cours de Droit, 1965-1966, p. 362 et s.

(166) « Die vorschriften über das Recht zur ausserordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses werden durch das vorliegende Gesetz nicht berührt. »

(167) Le paragraphe 626 B.G.B. est ainsi formulé : Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einthaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(168) Hueck, KSchG, 1955, § 11, p. 164 et s.

(169) Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 176.

extraordinaire était opéré sans observer un tel délai. Aujourd'hui, ces différences apparaissent comme assez atténuées.

Le licenciement ordinaire est soumis à des restrictions quant à la liberté de son exercice tandis que le préavis ne constitue plus un critère absolu de distinction. En effet, il peut y avoir licenciement ordinaire sans qu'un préavis soit observé et inversement, un préavis peut être observé en cas de licenciement extraordinaire (170). Mais malgré ces exceptions les critères de distinction de deux formes de licenciement sont restés, en règle générale, d'une part, l'observation du préavis et, d'autre part, la « cause sérieuse » invoquée par l'employeur. Par ailleurs, le licenciement ordinaire peut avoir lieu *seulement en cas de contrat de travail à durée indéterminée* tandis que le licenciement extraordinaire peut s'appliquer en cas de contrat *à durée déterminée ou indéterminée.*

A vrai dire, l'essence même de cette distinction est constituée par *les motifs qui déterminent l'action de l'employeur.* Dans le cas du licenciement ordinaire, l'employeur veut se libérer des obligations qui le lient à un ou plusieurs de ses salariés pour des raisons surtout économiques et d'organisation technique de son entreprise. Il veut prendre une certaine liberté dans l'exercice de la gestion de son entreprise. D'ailleurs, la gestion de l'entreprise implique l'organisation en son sein de divers facteurs de production dont le travail en constitue une partie. Dans la société moderne, marquée par des transformations rapides de techniques industrielles et commerciales, une constante réadaptation des rapports des différents facteurs de production à l'actualité économique et technique est imposée par la concurrence sur le plan national et international. Or, cette réadaptation n'est possible qu'avec une certaine liberté d'action de l'employeur dans le domaine de l'emploi en ce qui concerne son entreprise. L'expression, sur le plan juridique, de cette réalité est le licenciement que M. le professeur G. Lyon-Caen appelle « libérateur ». C'est le licenciement qui, vu sous un angle étroit, est motivé par la volonté de l'employeur de se libérer de ses obligations contractuelles mais qui, vu sous son aspect fonctionnel, se situe dans le cadre des prérogatives de l'employeur qui exerce la gestion, au sens large, de son entreprise. Le trait essentiel du licenciement ordinaire est qu'en général les appréciations d'ordre économique précèdent les facteurs individuels et sociaux concernant les salariés licenciés. Toutefois, les appréciations d'ordre individuel et social ne sont pas totalement

(170) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 562 et s.; des mêmes auteurs, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, p. 115; Hüpper, Die Pflicht zur Einhaltung einer Frist bei ausserordentliche Kündigung, RdA, 1962, p. 249.

absentes de la réglementation du licenciement ordinaire. Comme nous le verrons par la suite, toutes les restrictions apportées à la liberté d'action de l'employeur en ce domaine visent à introduire de telles appréciations dans l'exercice du licenciement ordinaire.

Le licenciement extraordinaire (171) a une justification opposée à celle du licenciement ordinaire. Il ne peut avoir lieu que s'il existe une « cause sérieuse » (wichtiger Grund). Cette expression correspond à une notion objective et c'est pour cela que le terme « cause sérieuse » est plus adéquat que celui de « motif grave ».

La question de savoir s'il existe une « cause sérieuse » dépend de circonstances particulières à chaque cas déterminé. En général, on peut dire qu'il existe une « cause sérieuse » si la poursuite de la relation de travail pendant le délai de préavis ou jusqu'au terme convenu (s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée) ne peut pas, d'après la bonne foi et les bonnes mœurs, être exigée de la partie qui désire se libérer de ses obligations (172). En pratique, la « cause sérieuse » est constituée par une faute grave du salarié dans l'exercice de ses obligations. *Mais elle peut exister en dehors de toute faute grave de sa part* et résider dans des facteurs objectifs. Elle peut également exister *en la personne de l'employeur lui-même.* Nous signalons cette particularité car il existe une tendance à assimiler le licenciement extraordinaire du droit allemand au licenciement sans préavis pour faute grave du droit français. La faute grave privative du préavis en droit français est une notion subjective tandis que la « cause sérieuse » donnant droit au licenciement extraordinaire en droit allemand est une notion objective dont peuvent parfois faire partie des éléments subjectifs. Le juge français appréciera si le fait invoqué constitue une faute grave de la part du salarié. Le juge allemand appréciera si les faits invoqués (même quand il s'agit de fautes du salarié) ne permettent pas, d'après la bonne foi et les bonnes mœurs, d'exiger la poursuite du contrat de la part de l'employeur. On s'aperçoit qu'en Allemagne, les faits invoqués comme

(171) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 581 et s.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5e éd. 1957, p. 236 et s.; Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 718 et s.; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2e éd. 1954, p. 388; Molitor, Die Kündigung, 2e éd. 1951, p. 250 et s.; Schlessmann, *op. cit.*, p. 176 et s.

(172) Wann ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, lässt sich nur unter Berücksichtigung sämtlicher Unstände des einzelnen Falles sagen. Es kommt darauf an, ob nach Lage der Umstände der Partei, die Kündigen will, nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin, bei Arbeitsverhältnissen auf bestimmte Dauer bis zum vorgesehenen Endtermin noch zugemutet werden kann. Hueck-Nipperdey, Lerhbuch des Arbeitsrechts, p. 582; adde : des mêmes auteurs, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, p. 118; Kaskel-Dersch, *op. cit.*, p. 240; Nikisch, *op. cit.*, p. 724; Molitor, *op. cit.*, p. 284.

constitutifs d'une « cause sérieuse » sont appréciés d'un point de vue objectif même quand ils incluent des éléments subjectifs tels que la faute du salarié. Toutefois, en pratique, la grande majorité des faits considérés comme constitutifs de « cause sérieuse » justifiant un licenciement extraordinaire sont des fautes graves commises par le salarié dans l'exercice de son travail.

Nous examinerons ultérieurement et de plus près la notion de « cause sérieuse » au moyen de laquelle s'exerce un important contrôle judiciaire. Nous retiendrons pour l'instant qu'elle est un concept juridique de caractère objectif et qui, en pratique, est constitué en grande majorité par des fautes du salarié, qui en droit français constitueraient la faute grave privative du préavis.

Nous constatons donc que le licenciement extraordinaire est motivé par l'existence d'une « cause sérieuse » qui est constituée, dans la grande majorité des cas, par un comportement fautif du salarié. La motivation du licenciement extraordinaire est donc fondamentalement différente de celle du licenciement ordinaire. Elle est constituée par l'existence d'un comportement fautif du salarié que l'employeur entend *sanctionner*. Ici, les impératifs économiques sont au second plan. Le licenciement extraordinaire est motivé par des considérations et des faits individuels. *L'opposition entre les motifs de ces deux formes de licenciement est donc très nette. D'une part, l'employeur procède au licenciement en étant déterminé par des motifs d'ordre économique ou technique et, par là même, de caractère général et collectif et, d'autre part, il agit dans le but de sanctionner une faute du salarié et, par conséquent, il est déterminé dans son action par des motifs d'ordre individuel.* Certes, il ne faut pas dissimuler que les considérations économiques ne sont pas étrangères au cas de licenciement extraordinaire. Même en ce cas, l'employeur sanctionne la faute du salarié pour assurer le bon fonctionnement de son entreprise, ce qui constitue bien un but économique. Mais ce dernier est un but à long terme qui ne peut pas effacer le fait que la cause immédiate de l'action de l'employeur est ici la sanction (privée certes) de la faute commise par le salarié dans son travail.

Cette distinction entre les deux formes de licenciement ayant sa source dans la motivation de l'employeur se retrouve à peu près dans tous les droits européens.

Le droit hellénique retient un système très proche de celui du droit allemand. Il connaît la distinction entre le licenciement ordinaire et le licenciement extraordinaire (173) qui repose également

(173) Capodistrias, Ermak, introduction aux commentaires des articles 416-454, n° 34 et s.; Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 356; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 304-305.

sur la motivation de l'employeur. Le licenciement extraordinaire est régi par l'article 672 du Code civil en ce qui concerne le contrat de travail à durée déterminée. Cet article ne trouve pas application en cas de contrat de travail à durée indéterminée (174). Le licenciement extraordinaire est alors régi par les dispositions de la loi n° 2112/1920 (art. 5, § 1, 6, § 2, al. 2) et du décret royal du 16-18 juillet 1920 (art. 6). En vertu de ces dispositions, le licenciement extraordinaire ne peut avoir lieu, en cas de contrat à durée indéterminée, que pour certaines « causes sérieuses » limitativement énumérées.

Le droit belge distingue également, tant en ce qui concerne le contrat de travail que le contrat d'emploi, le licenciement avec préavis fait sans motivation et le licenciement sans préavis opéré pour des motifs graves. Le législateur belge donne une liste indicative de ces motifs graves dans les articles 20 et 21 de la loi du 10 mars 1900 modifiée par la loi du 4 mars 1954. Il s'agit toujours de fautes graves du salarié licencié (175). Les deux formes de licenciement en droit belge sont très nettement distinctes. Dans le premier cas, l'employeur procède au licenciement en observant le délai-congé et sans invoquer de motif. Il agit donc à des fins *libératrices*. Dans le second cas, il licencie sans préavis en invoquant une faute grave du salarié. Ici donc, son action est motivée par des fins *sanctionnatrices*.

Le droit italien connaît également une distinction du licenciement du même ordre. La nouvelle loi du 15 juillet 1966 sur la « juste cause » en matière de licenciement nous en fournit les éléments. En effet, l'article 1er de cette nouvelle loi stipule que le licenciement ne peut avoir lieu que pour *une juste cause aux termes de l'article 2119* du Code civil ou pour *un motif précis et valable*. Le licenciement pour une juste cause de l'article 2119 du Code civil italien est assimilable au licenciement extraordinaire sans préavis du droit allemand avec certaines différences de détails (176). L'article 3 de la nouvelle loi italienne dispose que le licenciement repose sur un *motif précis et valable* s'il est fait avec observation du préavis et, en plus, s'il est justifié soit par le fait que le travailleur ne remplit pas ses obligations contractuelles, soit par des raisons inhérentes à l'activité de production, à l'organisation du travail ou au bon fonctionnement de l'entreprise. On trouve donc dans cette seconde justification du licenciement la forme du licenciement ordinaire avec préavis fait à des fins *libératrices*, tandis que le licenciement pour « juste cause » correspond au licenciement *sanctionnateur*.

(174) Capodistrias, Ermak, art. 672, n° 11.

(175) Horion, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, pp. 120 et 135.

(176) Mengoni, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, pp. 243 et 244.

Le droit français ne distingue pas expressément le licenciement du point de vue de la motivation invoquée par l'employeur. Néanmoins, une distinction du même ordre que celles des autres droits européens se dessine en pratique. Outre M. le professeur G. Lyon-Caen qui, comme nous l'avons précédemment signalé, a établi une distinction entre le licenciement sanctionnateur et le licenciement libérateur, MM. les professeurs J. Rivero et J. Savatier semblent s'inspirer des mêmes préoccupations. Ils affirment que « parmi les licenciements provenant de l'employeur, on est conduit à distinguer *ceux qui ont un motif économique* et *ceux qui sanctionnent une faute du salarié*. Les uns correspondant au pouvoir de direction, les autres au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise » (177). Ils rejoignent ainsi la distinction entre licenciement libérateur et licenciement sanctionnateur.

Le critère de cette distinction peut être trouvé dans le respect du délai de préavis. L'employeur pourra prononcer un licenciement immédiat s'il y a faute grave du salarié ; au contraire, s'il veut procéder à un licenciement libérateur, il doit observer le délai-congé. M. le professeur G. Lyon-Caen établit ainsi le critère de distinction : « Logiquement on devrait donc dire, que si le congédiement s'accompagne d'un préavis normal, il n'est que l'exercice de la liberté de rupture avec toutes les conséquences qui en résultent. Au contraire, si le congédiement est immédiat, il est alors la manifestation d'un pouvoir sanctionnateur, car il est dicté par une faute de l'autre partie, avec toutes les conséquences qui en résultent, notamment en ce qui concerne un éventuel contrôle judiciaire » (178). Ce critère correspond bien à l'orientation de la jurisprudence française pour laquelle le licenciement justifié par une faute grave privative du préavis est différent (dans sa conception et dans ses résultats) du licenciement fondé sur des motifs économiques et opéré avec observation du préavis légal ou conventionnel.

La recommandation de l'O.I.T. n° 119 de 1963 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur distingue également le licenciement pour faute grave du licenciement ordinaire. L'article 11 de cette recommandation stipule qu' « en cas de licenciement pour faute grave, la période du préavis ou l'indemnité compensatoire en tenant lieu, pourrait n'être pas requise et le cas échéant l'indemnité de départ ou d'autres prestations similaires versées par l'employeur, pourraient n'être accordées. Mais le licenciement pour faute grave ne devrait intervenir que dans les cas où

(177) J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 4e éd. 1966, p. 489.

(178) G. Lyon-Caen, Droit social européen, Les Cours de Droit, 1965-1966, p. 364.

on ne pourrait selon les règles de la bonne foi exiger de l'employeur qu'il agisse autrement. L'employeur devrait être considéré comme ayant renoncé à exercer son droit de licencier pour faute grave, si cette mesure n'a pas été prise dans un délai raisonnable, à compter de la date à laquelle il a eu connaissance de cette faute. Au surplus avant qu'une décision de licencier le travailleur pour faute grave ne prenne effet de façon définitive, le travailleur intéressé devra avoir la possibilité d'exposer son cas sans délai avec l'assistance d'une personne le représentant ».

Ce long texte veut manifestement accorder un régime juridique distinct au licenciement pour faute grave par rapport au licenciement motivé par des considérations économiques. Il invite par conséquent, comme l'observe M. le professeur G. Lyon-Caen (179), à considérer « qu'il y a une dualité de fonctions dans l'exercice du droit de congédiement ».

Cette dualité de fonctions est expressément reconnue en droit allemand, belge et hellénique. Le droit italien se trouve dans une situation très proche, tandis que le droit français laisse apparaître cette même dualité dans la pratique sans l'avoir, pour le moment, adopté sur le plan théorique malgré un fort courant doctrinal.

Nous avons insisté sur cette distinction car nous pensons qu'elle jette une lumière particulièrement significative sur le problème du contrôle judiciaire du licenciement, tant en ce qui concerne son étendue qu'en ce qui concerne sa fonction.

E. — Nature et procédés techniques de l'intervention judiciaire.

Tant en ce qui concerne le licenciement libérateur que le licenciement sanctionnateur, le juge intervient et exerce son contrôle. Mais la nature de son intervention est différente dans le cas du licenciement libérateur et du licenciement sanctionnateur.

La différence dans la nature de l'intervention judiciaire se manifeste tout d'abord, sur le plan de la théorie juridique, par une distinction entre le licenciement ordinaire et extraordinaire. L'opinion dominante en droit allemand, hellénique et italien considère le licenciement ordinaire comme un *acte juridique abstrait* et le licenciement extraordinaire comme un *acte juridique causé*, car son exercice n'est permis que s'il existe une « cause sérieuse » au profit de l'employeur. De cette opposition, sur le plan doctrinal, découlent

(179) *Op. cit.*, p. 365.

de sérieuses conséquences quant à la nature du contrôle judiciaire sur le plan pratique.

Nous rappelons que sur le contrôle de la cause dans les obligations il existe une différence de conception entre le droit français et le droit allemand. Le premier fonde l'obligation contractuelle sur la volonté et, par conséquent, cette volonté ne doit pas être abstraite de sa cause. Il ne reconnaît donc pas, en principe, l'acte abstrait (180). Au contraire, les droits allemand, hellénique et italien reconnaissent l'existence d'actes abstraits. La validité de ces actes est indépendante de l'existence ou de la validité d'une cause. Dans ces derniers systèmes juridiques, le licenciement ordinaire étant un acte abstrait est valable indépendamment de la validité de sa cause. Cette remarque sur le plan théorique nous amènerait à conclure qu'en droit français il y aurait un contrôle judiciaire important du licenciement ordinaire, celui-ci étant un acte causé, tandis que ce même contrôle serait beaucoup moins considérable en droit allemand, hellénique et italien puisqu'ils considèrent ce même licenciement ordinaire comme étant un acte abstrait. Cette conclusion serait inexacte car, comme nous allons le constater par la suite, le contrôle judiciaire dans les deux cas aboutit, en réalité, à des résultats analogues tout en se fondant sur des constructions théoriques différentes.

Il faut tout d'abord signaler qu'en droit allemand, hellénique et italien *la cause* de l'acte juridique est un concept bien distinct *des motifs* de ce même acte. Dans ces droits, les motifs illicites peuvent (avec certaines particularités sur le plan de la procédure) rendre nul le licenciement ordinaire malgré son caractère d'acte abstrait (181). Toutefois, le champ d'application pratique de la nullité du licenciement, en raison du caractère illicite des motifs, reste incertain et peu efficace.

En droit allemand, le congé, comme tout acte juridique, peut être entaché de vices qui affectent sa validité. Il peut être contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs ou à des dispositions légales. Dans le passé, la conception dominante qui prévalait était celle selon laquelle le motif illicite ou immoral du congé (Kündigung) n'était pas suffisant à lui seul pour faire déclarer nul le licenciement (182).

(180) Marty et Raynaud, Droit civil, tome II, 1962, n° 185, p. 168; Mazeaud, Leçons de droit civil, tome II, 3e éd. 1966, n° 275, p. 225; adde, Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Traité de droit civil, tome II, 1959, n° 710 et s., p. 402 et s.; A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, p. 278 et s.

(181) Mengoni, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 236 et s., ainsi que les indications bibliographiques.

(182) Voir les observations de Molitor, Die Kündigung, 2e éd. 1951, p. 222, note 4.

Cette conception est actuellement valable hors du domaine du droit de travail. En ce qui concerne ce dernier, elle a été progressivement abandonnée par la jurisprudence sous la direction du Bundesarbeisgerichts qui considère comme nul le licenciement dont les motifs ou le but sont contraires à la bonne foi ou aux bonnes mœurs. Le paragraphe 11, n° 3, de la loi du 10 août 1951, considère expressément comme nul le licenciement qui est contraire aux bonnes mœurs (183). Depuis cette disposition, la question antérieurement débattue est considérée aujourd'hui comme résolue par la majorité des auteurs (184). Il faut signaler que la nullité du licenciement prononcée en raison de son caractère contraire aux bonnes mœurs (Sittenwidrigkeit) présente des différences, sur le plan pratique, de la nullité de ce même licenciement en raison de son caractère antisocial (Sozialwidrigkeit) (185).

Nous constatons donc que dans ces systèmes qui considèrent le licenciement ordinaire comme un acte juridique abstrait, un contrôle judiciaire des motifs de ce dernier est possible. Cette constatation sera renforcée par l'examen du système des limitations apportées à la liberté de l'employeur dans l'exercice du licenciement ordinaire.

En droit allemand, une limitation du droit pour l'employeur de procéder à des licenciements ordinaires est apportée par le paragraphe 1 du Kündigungsschutzgesetz. Ce texte qualifie de « juridiquement inefficace » (rechtsunwirksam) le licenciement « non justifié socialement » (sozial ungerechtfertigt). Il apporte également une définition du licenciement « non justifié socialement ».

Il s'agit ici d'une limitation *objective* car telle est la notion du licenciement « socialement non justifié » ou « antisocial » (186). Mais les motifs de l'employeur jouent un grand rôle quant à la qualification d'un licenciement comme antisocial. Certes, il ne faut pas oublier que des facteurs et des appréciations purement objectifs peuvent donner cette qualification à un licenciement déterminé. Toutefois, ce que nous devons retenir pour l'instant, est que le juge auquel il appartient de contrôler le licenciement de ce point de vue, *doit exa-*

(183) Verstösst eine Kündigung gegen die guten Sitten, so kann der Arbeitnehmer ihre Nichtichkeit unabhängig von den Vorschriften dieses Gesetzes geltend machen...

(184) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7° éd. 1963, p. 557 et s.; Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 705; comparer avec le point de vue de Molitor, *op. cit.*, p. 225.

(185) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 559.

(186) Les travaux que nous citons ici sont très significatifs de cette conception du droit allemand : Wiedemann, Subjectives Recht und sozialer Besitzstand nach dem KSchG, RdA, 1961, p. 1 et s.; Frey, Der Begriff der Regelmässigkeit im Arbeitsrecht, RdA 1960, p. 251, Bulla, Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962, p. 9; adde : Zimmermann, Die Sozialadäquanz im Zivilrecht, thèse Münich, 1961, p. 77 et s.

miner les motifs de l'employeur et les apprécier, ainsi que d'autres facteurs objectifs, afin d'arrêter sa décision. *Il y a donc en Allemagne un contrôle judiciaire des motifs du licenciement ordinaire.*

En Italie on peut poser la question de savoir si, après la nouvelle loi sur le licenciement, celui-ci peut encore être qualifié d' « acte abstrait » comme c'était le cas auparavant pour le licenciement ordinaire (187). Comme nous l'avons signalé précédemment l'article 1er de cette loi stipule que le licenciement ne peut être fait que pour une « *juste cause* » au sens de l'article 2119 du Code civil italien ou pour un « *motif précis et valable* ». La notion de « juste cause » correspond à celle de « wichtiger Grund » du paragraphe 626 du Code civil allemand et à celle de « cause sérieuse » de l'article 672 du Code civil hellénique. Il s'agit ici du licenciement extraordinaire. Mais le même article soumet la validité du licenciement ordinaire à l'existence d'un « motif précis et valable » (188). Or, il paraît qu'après cette loi, le juge italien doit contrôler le licenciement pour savoir *s'il repose sur un « motif précis et valable ».* Ce contrôle aboutit à *un examen, par le juge, des motifs de l'employeur qui a procédé à un licenciement donné.*

D'après l'opinion dominante en Grèce, le congédiement est un acte juridique abstrait (189). La jurisprudence rappelle constamment ce caractère, ce qui ne l'empêche pas d'exercer un contrôle sur le licenciement au moyen de la théorie de l'abus de droit (190). Dans les cas où la jurisprudence de l'Aréopage affirme le caractère abstrait de l'acte juridique de licenciement (191) elle prend soin d'affirmer également que cet acte, constituant l'exercice d'un droit, est soumis à la limitation de l'article 281 du Code civil. D'après cette disposition, *l'exercice d'un droit est interdit s'il dépasse d'une façon évidente les limites imposées, ou par la bonne foi, ou par les bonnes mœurs, ou par le but soit économique soit social dudit droit.*

L'article 281 fournit aux tribunaux grecs l'instrument d'un contrôle considérable sur le licenciement. Ce contrôle, en ce qui concerne sa forme, se rapproche du droit français. La théorie de l'abus du droit constitue le moyen de contrôle dans ces deux pays. Mais, au fond, le contrôle du licenciement en Grèce se rapproche du droit allemand.

(187) Mengoni, *op.* et *loc. cit.*

(188) Son article 3 précise cette notion.

(189) Capodistrias, L'abus de droit dans la dénonciation du contrat de travail, 2e éd. 1947, p. 59; contra Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 290.

(190) A.P. n° 373/1966, E.E.D. 1966, p. 983; 160/1965, E.E.D. 1965, p. 527; 781/1964, E.E.D. 1965, p. 148; 514/1964, E.E.D. 1964, p. 970; 538/1964, E.E.D. 1964, p. 913.

(191) Voir les arrêts cités ci-dessus.

En effet, les critères de l'abus de droit énumérés dans l'article 281 du Code civil grec, sont des *critères objectifs;* la bonne foi, les bonnes mœurs, le but économique ou social du droit. Le contenu réel de ces critères est semblable à celui du licenciement « anti-social » du droit allemand. Leur point commun est qu'ils examinent le licenciement d'un point de vue objectif en mettant en lumière son aspect fonctionnel dans la vie économique et sociale. Certes, le comportement, la faute éventuelle de l'employeur, ainsi que les motifs qu'il invoque, jouent un grand rôle quant à l'appréciation du juge. Mais, le contrôle judiciaire en Grèce *adopte une conception objective* de l'abus de droit tandis que le droit français *retient une conception subjective* rapprochant l'abus de droit de la notion de faute. Il n'en reste pas moins qu'*un contrôle judiciaire s'exerce en Grèce sur les motifs de l'employeur ayant procédé à un licenciement ordinaire.*

Nous avons donc constaté que ceux des systèmes juridiques qui qualifient le licenciement d'acte juridique abstrait exercent, malgré la signification apparente de ce terme, un contrôle judiciaire *sur les motifs* ayant déterminé l'employeur. Ils aboutissent à ce résultat en utilisant des techniques juridiques différentes, quant à la forme, de celles utilisées par le droit français.

Quand on examine la nature de l'intervention judiciaire concernant le licenciement dans les droits européens, deux distinctions surgissent dont les origines sont différentes. La première est d'ordre général et découle des différences de structures des divers systèmes juridiques. La seconde est l'ordre technique et repose sur la distinction entre licenciement libérateur et licenciement sanctionnateur.

1) La première distinction concerne *l'optique du juge pendant l'exercice de son contrôle sur le licenciement.* Cette optique est déterminée par les moyens juridiques sur lesquelles le juge fonde son intervention. Or, ces moyens sont différents dans les divers systèmes juridiques. Ici, l'opposition apparaît très nettement entre le droit français et le droit allemand. Les autres pays se rapprochent soit de l'un, soit de l'autre de ces systèmes, du point de vue dont nous nous préoccupons ici.

Le droit français fonde essentiellement son contrôle judiciaire du licenciement sur la théorie de l'abus de droit. *Il entend cette théorie dans un sens subjectif.* Autrement dit, le juge doit relever *une faute de l'employeur* dans l'exercice de son droit de licenciement. Son action est essentiellement orientée vers l'examen du comportement de l'employeur dans lequel il doit trouver les éléments lui permettant de qualifier le licenciement prononcé d'abusif.

Il se place donc sur un terrain individuel et contractuel.

Le droit allemand tant en ce qui concerne le licenciement ordinaire qu'extraordinaire, fonde son contrôle judiciaire sur des concepts d'une essence objective (« Sozial ungerechtfertigte Kündigung », pour le premier, « wichtiger Grund » pour le second). Le juge contrôle en conséquence le licenciement en se plaçant sur un terrain également objectif. Il ne se contente pas d'examiner seulement le comportement de l'employeur pour relever une faute éventuelle de sa part mais il apprécie l'action de l'employeur non seulement d'un point de vue individuel et contractuel, mais également dans sa fonction du point de vue général et social. Il procède à ce que les juristes allemands appellent *interessenabwägung*, c'est-à-dire il doit peser les intérêts en présence (192) pour choisir, du point de vue de l'intérêt général au sens large, la protection de l'un ou de l'autre de ces intérêts. En substance, *le juge allemand examine le licenciement sous son aspect fonctionnel et contrôle le comportement de l'employeur dans cette même optique.*

Mais les droits français et allemand se rapprochent dans leurs solutions pratiques malgré leur opposition sur le plan des principes et de la technique du contrôle judiciaire du licenciement. D'une part, *la jurisprudence française introduit des éléments objectifs dans son appréciation de la faute de l'employeur.* MM. Brun et Galland ont déjà signalé la tendance de la jurisprudence française à donner, en élargissant le champ d'application de la notion de rupture abusive, un caractère parfois objectif à celle-ci (193). En effet, la jurisprudence utilise, pour la qualification de la faute de l'employeur, l'incompatibilité d'un licenciement donné avec l'intérêt de l'entreprise, ce dernier critère étant incontestablement un critère objectif. Certes, ce critère n'est pas lié directement à la qualification du licenciement comme abusif mais il contribue à *l'établissement de la faute* de l'employeur qui, seul, peut rendre le licenciement abusif. Autrement dit, un licenciement non motivé par l'intérêt de l'entreprise *constitue une faute de l'employeur* et, par conséquent, est abusif. Toutefois, si on écarte pour l'instant ces détails de technique juridique on constate qu'en réalité le juge français utilise des critères objectifs dans l'exercice de son contrôle sur le licenciement. Il rejoint ainsi, dans une certaine mesure, le juge allemand.

D'autre part, le droit allemand utilise largement des critères subjectifs quant à la qualification d'un licenciement de « socialement non justifié » ou quant à l'appréciation du juge si les faits invoqués constituent une « cause sérieuse » pouvant donner lieu à un licencie-

(192) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7° éd. 1963, pp. 635, 640 et s.
(193) Brun et Galland, II-291, p. 565.

ment extraordinaire. Le comportement de l'employeur, ses motifs personnels (son animosité injustifiée par exemple) peuvent amener le juge à sanctionner le licenciement. Ainsi le juge allemand, tout en utilisant une technique différente, aboutit à des résultats pratiques analogues à ceux du juge français.

Le droit belge est proche du droit français en ce qui concerne la nature du contrôle judiciaire. Il utilise la même technique de l'abus de droit mais à une échelle beaucoup moins importante (194). Depuis la nouvelle loi du 15 juillet 1966 sur le licenciement, le droit italien présente une physionomie particulière en se situant à mi-chemin entre les droits français et allemand.

Le droit néerlandais qui utilise la notion de licenciement « manifestement déraisonnable », notion objective, paraît plutôt se rapprocher du droit allemand.

Enfin, le droit grec est, en ce qui concerne la nature du contrôle judiciaire du licenciement, plus proche du droit allemand car il donne un contenu objectif à la notion de l'abus de droit qu'il utilise pour le contrôle du licenciement ordinaire. De même, il fournit un contenu objectif à la notion de « cause sérieuse » pouvant donner lieu au licenciement extraordinaire. Néanmoins, sur le plan de la technique juridique, le droit grec se rapproche du droit français car ces deux droits utilisent le même concept (abus de droit) et leurs opinions sont proches sur la question de la preuve.

Nous avons donc constaté qu'en ce qui concerne *l'optique du juge exerçant son contrôle sur le licenciement,* les systèmes juridiques que nous avons évoqués se divisent en deux familles : celle qui adopte des critères de contrôle de caractère subjectif et individuel et celle qui adopte des critères objectifs et généraux. Toutefois, une tendance au rapprochement est manifeste entre ces deux catégories qui aboutissent actuellement, quant aux résultats pratiques de leur contrôle, à des solutions analogues.

2) *La nature de l'intervention judiciaire dépend également du caractère du licenciement.* Elle est différente dans le licenciement libérateur et dans le licenciement sanctionnateur.

L'employeur peut en principe procéder à des licenciements libérateurs sous la seule condition d'observer certaines conditions (préavis, indemnité de licenciement). A cette liberté de principe, la loi ou la jurisprudence ont apporté des limites que l'employeur ne peut pas franchir. *Le contrôle judiciaire consiste essentiellement à examiner, dans chaque cas concret, si l'employeur a respecté ces limites.*

(194) Horion, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 118.

Telle est la nature du contrôle judiciaire en ce qui concerne le licenciement libérateur.

Cette remarque est valable pour tous les droits des pays membres de la C.E.E. En effet, *les limites posées par ces droits au licenciement libérateur sont constituées, sur le plan de la technique juridique, par certaines notions élastiques et dont le contenu doit être concrétisé dans chaque cas* (195). Le juge doit apprécier chaque fois si un licenciement donné dépasse ou non ces limites et, le cas échéant, édicter les sanctions prévues. Ici, l'employeur *a le droit de licencier. Le problème, pour le juge, est de rechercher si dans l'exercice de son droit l'employeur n'a pas dépassé les limites posées à cet exercice.*

L'intervention du juge en ce qui concerne le licenciement sanctionnateur revêt un autre aspect. Ici, l'employeur *n'a pas le droit de procéder à un licenciement de cette nature.* Il acquiert le droit de procéder à un licenciement sans préavis *s'il existe une condition précise* (196). Or, l'intervention du juge consiste ici à examiner si cette condition existe réellement. Autrement dit, le juge *doit apprécier si les faits invoqués par l'employeur constituent bien la condition requise par la législation pour la naissance du droit de licenciement sanctionnateur à son profit.*

Ici donc, le contrôle du juge paraît renforcé car le problème juridique qui lui est posé est différent. *En cas de licenciement libérateur, le juge se trouve devant le titulaire d'un droit et il doit apprécier si ce titulaire a usé ou non de son droit dans certaines limites. En cas de licenciement sanctionnateur, le juge doit rechercher si l'employeur était vraiment titulaire du droit sur lequel il a prétendu fonder son action.*

En outre, le juge reçoit la mission d'examiner si les conditions de forme du licenciement ont été observées. C'est un aspect de son action assez considérable et qui concerne tant le licenciement libérateur que le licenciement sanctionnateur.

(195) « Abus du droit de licencier » en droit français, belge et hellénique, licenciement « non justifié socialement » en droit allemand, « manifestement déraisonnable » en droit hollandais, existence d'un « motif précis et valable » pour le licenciement en droit italien.

(196) « Faute grave » du salarié en droit français, « cause sérieuse » en droit allemand et hellénique, « juste cause » en droit italien, « motif grave » en droit belge, « motif impérieux » en droit néerlandais.

III. — LA VALEUR ET L'UTILITE DU DROIT COMPARE EN CE QUI CONCERNE L'ETUDE DU PROBLEME DU CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT

Le droit comparé présente un double intérêt pour notre sujet. En premier lieu, en ce qui concerne l'aspect statique du contrôle judiciaire du licenciement et, en second lieu, son aspect dynamique ou évolutif.

A. — L'intérêt du droit comparé en ce qui concerne l'état du droit positif.

Il est certain que le droit comparé nous conduit à une connaissance meilleure du droit national et, par conséquent, à une application plus consciente et plus utile de celui-ci. M. le professeur R. David observe, très justement (197), que « le droit comparé joue un rôle comparable à celui de l'histoire. Il donne à celui qui étudie son droit national, le recul qui lui est nécessaire pour mieux voir les contours de ce droit ». Ce « recul nécessaire » nous met dans une position nous permettant de voir l'ensemble des règles positives, auxquelles nous nous intéressons, d'une façon plus objective et plus critique (198). L'importance du droit comparé pour l'interprétation des règles de droit a été également mise en lumière (199).

Le contrôle judiciaire du licenciement est déterminé par un ensemble de règles de droit propres à chaque Etat. Dans cet ensemble, sont très souvent incluses des règles d'origine extra-nationale. Nous allons voir par la suite que les sources internationales sont très fertiles en ce qui concerne le droit du travail interne. Or, pour la compréhension, l'interprétation et l'application de ces règles, une vue comparative est nécessaire.

Mais les règles de droit, constituant l'ensemble de la réglementation d'un problème, sont incorporées, même quand leur source est internationale, au système juridique national. Ce système étant, en principe, cohérent et possédant des caractéristiques et des tendances qui lui sont propres, il altère, dans une certaine mesure, ces dernières règles, par le fait de leur seul absorption. Par conséquent, il serait

(197) R. David, Les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz, 2e éd. 1966, n° 7, p. 12.

(198) A. Schnitzer, Vergleichende Rechtslehre, tome I, 1961, p. 106.

(199) Gutteridge, Le droit comparé, traduction sous la direction de M. le professeur R. David, Paris 1953, p. 135 et s.

dangereux de faire des comparaisons sans avoir toujours à l'esprit les caractéristiques essentielles et les traits particuliers d'un système juridique, considéré dans son entité. En définitive, ces carctéristiques proviennent de facteurs économiques, politiques et sociaux (200). Ces facteurs étant différents d'un pays à l'autre, ils déterminent la physionomie particulière de son système juridique en lui attribuant des traits différents.

Entre les pays ayant un niveau de développement économique et social comparable, ces différences ne sont que quantitatives, en ce qui concerne le droit du travail. Si ce niveau présente de grandes dissemblances, leurs différences, quant à leur système juridique, deviennent qualitatives; dans cette éventualité, une comparaison est inutile et risque de conduire à des erreurs. Au contraire, si les différences restent sur le plan quantitatif, une comparaison est possible. « Le semblable doit être comparé avec le semblable » affirme Gutteridge (201). Néanmoins, cette comparaison doit être faite en ayant toujours à l'esprit les traits particuliers de chaque système juridique.

Les différences de systèmes juridiques des pays auxquels nous nous intéressons étant quantitatives, une comparaison de leur système de contrôle judiciaire du licenciement est donc possible et utile. Le recueil annuel de jurisprudence du travail, publié par le B.I.T., est d'une valeur considérable.

B. — L'intérêt du droit comparé pour la compréhension des tendances évolutives.

Il est vrai que la connaissance de l'évolution d'un problème nous permet d'avoir une conception meilleure du problème lui-même. Ainsi, la connaissance de l'aspect dynamique du problème du contrôle judiciaire du licenciement est d'une valeur certaine.

Pour bien comprendre l'essence de cette évolution, il faut mettre en lumière deux facteurs qui l'orientent dans une direction unique. Ces facteurs sont « *l'universalisme* » *du droit du travail,* d'une part, et *les nécessités de la concurrence économique internationale,* d'autre part. Cette direction tend vers *l'unification ou, au moins, l'harmonisation du droit du travail.*

Il faut dire tout de suite que le problème du contrôle judiciaire du licenciement ne possède pas, à ce titre, le même poids que le

(200) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7e éd., tome I, 1963, p. 1003; Schregle, Gedanken zur internationalen Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht, Festschrift für Friedrich Sitzler, Stuttgart 1956, p. 367.

(201) Gutteridge, *op. cit.*, p. 102.

problème des salaires ou des congés payés. Néanmoins, son influence sur les charges sociales de l'entreprise n'est pas négligeable en raison des diverses indemnités qui en dépendent. De plus, il est connexe à un problème primordial pour l'employeur : sa liberté d'action quant à la gestion de son entreprise.

MM. les professeurs G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen observent très justement que « le droit du travail est un des principaux éléments à la fois d'ordre économique et d'ordre éthique de la civilisation commune aux nations d'aujourd'hui » (202), en mettant en lumière le caractère universel du droit du travail. *Le fait fondamental qui détermine l'organisation de la production du monde civilisé d'aujourd'hui est le travail salarié.* Tout le droit du travail tourne autour de ce fait, ce qui nous conduit à constater que tous les droits du travail ont un point de départ commun et identique. La base de départ étant commune, la tendance à l'unification imposée par d'autres facteurs ne peut qu'en être facilitée.

L'évolution vers l'unification ou l'harmonisation du droit du travail est accélérée par le développement rapide des échanges économiques internationaux. Une harmonisation des législations sociales est rendue nécessaire pour que la concurrence internationale ne soit pas faussée (203). Les premières mesures dans l'optique de l'unification ont été prises par les deux conférences internationales de 1905 et 1906 qui ont adopté des conventions prohibant le travail de nuit des femmes et l'utilisation du phosphore blanc dans la fabrication des allumettes.

Certes, une unification, au sens strict, du droit du travail dans les différents pays est extrêmement difficile. Ce qui est le plus facile, et en fin de compte, le plus souhaitable est une harmonisation de ces législations (204). Mais cette harmonisation souhaitée ne peut être faite que par des juristes ayant une connaissance des droits à harmoniser. Les juristes repliés sur leur droit national sont inaptes à guider le développement du droit dans cette direction (205).

La tendance vers l'harmonisation est fortement encouragée par l'action de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.), dont le principal rouage est le Bureau International du Travail (B.I.T.) et, à une autre échelle territorialement plus restreinte, par la consti-

(202) G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 39, p. 36.

(203) Gutteridge, *op. cit.*, p. 52 et s.; G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 35.

(204) Zweigert, Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen, 1955.

(205) R. David, Le rôle des juristes dans l'élaboration du droit selon la conception traditionnelle romano-germanique, in Vom deutschen Recht zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, 1963, tome I, pp. 359-370.

tution de la Communauté Economique Européenne (C.E.E.). L'optique de la C.E.E., en ce qui concerne l'harmonisation des législations sociales, est différente de celle de l'O.I.T. en tant qu'elle recherche, dans cette harmonisation, l'égalisation des charges sociales des entreprises des pays membres.

L'action de l'O.I.T. consiste en l'élaboration de conventions internationales d'un type particulier et à l'émission de recommandations, ces dernières n'ayant pas de force obligatoire pour les pays membres mais indiquant la voie par laquelle l'adoption ultérieure d'une convention serait possible. Au moyen de ces conventions internationales (dans la mesure où elles sont ratifiées ensuite par les Etats-membres) s'opère une harmonisation très considérable dans le domaine du droit du travail.

En ce qui concerne notre problème, il n'a pas encore fait l'objet d'une convention internationale. C'est sans doute en raison de sa complexité et de ses liens multiples et parfois solides avec le reste du système juridique national. Néanmoins, en 1963, il a été concerné par une recommandation de l'O.I.T. (n° 119) visant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur.

Mais l'action de l'O.I.T. est très constructive dans d'autres domaines, surtout dans celui de l'information. Ses publications fournissent un matériel de recherche et de réflexion très étendu. En ce qui nous concerne, le rapport du B.I.T. sur « la cessation de la relation de travail » (1962) est très utile.

Les clauses sociales du traité de Rome instituant la C.E.E. ont préconisé l'harmonisation progressive des systèmes sociaux. Ces clauses ont donné naissance à un droit social européen dont, par ailleurs, elles ne forment pas le seul contenu (206). La constitution d'un droit social européen ne peut pas naître du jour au lendemain (207). Il peut seulement être l'aboutissement d'efforts continus et conjugués sur divers terrains, dont celui de la législation n'a pas la prépondérance absolue (208).

(206) G. Lyon-Caen, Cours de droit social européen, Les Cours de droit, 1965-1966, p. 5 et s.

(207) Auerbach, Europäische Sozialpolitik - Notwendigkeiten und Möglichkeiten, RdA 1951, p. 364 et s.

(208) Sur le problème du droit social européen voir également, G. Lyon-Caen, Cours de droit social européen, Les Cours de droit, 1966-1967; du même auteur, Caracatères originaux du droit social européen, Mélanges J. de la Morandière, 1964, pp. 325-338; E. Troclet, Eléments de droit social européen, Bruxelles 1963; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7e éd. tome I, 1963, p. 1000 et s.; Heyde, Internationale Sozialpolitik, Heidelberg 1960, p. 95 et s.; Schnorr, Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtsetzung, München und Berlin 1960, p. 246 et s. et la bibliographie citée; Knopp, Die Europäische Sozialcharta, RdA, 1965, p. 4 et s.; Valticos, Charte sociale européenne, Dr. soc. 1963, p. 466.

Mais l'harmonisation ne doit pas venir seulement d'une action sur le plan législatif; elle peut découler d'une action sur le plan conventionnel. La perspective de conventions collectives conclues sur le plan européen n'est pas exclue (209).

On ne saurait faire une étude sur un sujet de droit du travail sans l'avoir situé dans une perspective évolutive. Nous avons vu que les tendances d'évolution du droit du travail vont vers l'harmonisation sur le plan international, harmonisation qui devient plus poussée sur le plan européen en raison des exigences sociales de réalisation de la C.E.E. Il faut donc placer le problème du contrôle judiciaire du licenciement dans ce contexte pour le connaître mieux, tant sous son aspect statique que dynamique.

Nous tenons à préciser ici l'optique de notre travail dans les pages qui vont suivre.

Tout d'abord, nous éviterons d'examiner certaines questions que nous considérons être marginales par rapport à notre sujet. Il s'agit du contrôle judiciaire portant sur la rupture, du fait de l'employeur, du contrat à l'essai et du contrat d'apprentissage. Nous n'examinerons pas non plus le contrôle judiciaire concernant l'application de l'article 23, alinéa 8, du livre I[er] du Code du travail qui stipule le maintien des contrats en cas de modifications dans la situation juridique de l'employeur. Nous n'examinerons pas également les problèmes posés par le calcul des indemnités de licenciement, de clientèle et de délai-congé.

Ce n'est pas non plus notre tâche d'examiner *le droit de la rupture de la relation de travail. Il nous appartient plutôt d'étudier l'action du juge dans une telle situation.* Certes, l'action du juge est déterminée par les moyens et les possibilités qui lui sont offerts par le droit positif et, à ce point de vue, ce dernier nous intéresse. Mais notre travail sera orienté principalement vers *la recherche des moyens d'intervention du juge, des limites de sa liberté d'action et des résultats obtenus par son contrôle.*

Après avoir fait certaines observations au sujet du contrôle judiciaire du licenciement dans son ensemble, nous allons aborder en premier lieu le contrôle judiciaire du licenciement libérateur et nous examinerons, en second lieu, le contrôle judiciaire du licenciement sanctionnateur.

(209) Despax, « Conventions collectives », *in* Traité Dr. Trav., Paris 1966, tome VII, n[os] 101-110, pp. 148-163; du même auteur, Les conventions collectives de travail européennes, Dr. soc. 1965.616; G. Lyon-Caen, Droit social européen, Les Cours de droit, 1965-1966, pp. 434-453; également du même auteur, La convention collective de travail en droit international privé, Clunet, 1964.

PREMIERE PARTIE

LE CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT LIBÉRATEUR

GENERALITES

I. — Le principe du libre exercice du licenciement libérateur.

La liberté du licenciement sous réserve de l'observation du préavis et des autres conditions de forme et de fond posées par les différents droits des pays de la C.E.E., constitue une règle générale. A cette règle générale, les différents droits posent des limites. Ces limites sont constituées par certaines conditions qui sont requises pour que le licenciement libérateur soit valable. C'est sur l'existence de ces conditions que les droits positifs contemporains diffèrent des droits plus anciens.

L'article 23, alinéa 1er, du livre Ier du Code du travail, emprunté à l'article 1780 du Code civil, pose le principe de la liberté du licenciement : le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Ce principe de liberté est suivi d'un principe de réciprocité. Le fondement de ces deux principes est l'autonomie de la volonté et la liberté individuelle.

Mais, comme il a été démontré par M. le professeur G.H. Camerlynck (1), ces principes de liberté et de réciprocité sont de plus en

(1) De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement, J.C.P., 1958, I, 1425; adde G.H. Camerlynck

plus méconnus par l'orientation actuelle, encore inachevée, du droit du travail. Cette évolution marque également les droits allemand et grec, où le régime juridique du licenciement s'éloigne de plus en plus de celui de la démission du salarié.

Aujourd'hui, le fondement réel du principe de la liberté du licenciement est la fonction du chef d'entreprise dans l'organisation sociale. En ce qui concerne les pays de la C.E.E., le chef d'entreprise est seul responsable de la bonne marche de son établissement et, par conséquent, il peut prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires pour assurer son fonctionnement du point de vue de la rentabilité économique. Ce pouvoir de direction économique reconnu au chef d'entreprise lui confère des prérogatives considérables en ce qui concerne ses salariés. Ces prérogatives se rapportent aux mesures propres à assurer une utilisation rentable de la main-d'œuvre, ce qui comporte des mutations, changements d'affectation, etc., et les mesures propres à adapter chaque fois les effectifs de l'entreprise à ses besoins. Etant donné que les besoins de l'entreprise en main-d'œuvre changent en raison de la conjoncture économique et de l'évolution scientifique, le chef d'entreprise peut procéder à des embauchages ou à des licenciements.

La rentabilité de l'entreprise nécessite donc, sur le plan de l'emploi, une certaine liberté de l'employeur en ce qui concerne le licenciement. Ce principe de la liberté du licenciement a été maintes fois affirmé par la Cour de cassation. Elle considère que l'employeur est seul juge des mesures à prendre pour le développement et l'organisation de son entreprise (2) ainsi que pour apprécier si son employé lui donne entière satisfaction dans ses fonctions (3) et décider de se priver de son concours s'il n'a plus sa confiance (4). Un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation (5) réaffirme la liberté de licenciement fondée sur l'article 23 du livre I[er] du code du travail en reconnaissant également que le chef d'entreprise, « responsable de la bonne marche de celle-ci, est juge des circonstances dans lesquelles elle se trouve compromise ». Le même principe a été confirmé au sujet de l'existence d'un règlement de retraite. La Cour suprême a estimé que le bénéfi-

et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2[e] éd. 1967, n° 130 et s., p. 121 et s.; A. Robert, La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, p. 54.

(2) Cass. soc. 11 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 322; 21 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 564.

(3) Cass. soc. 16 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 700.

(4) Cass. soc. 26 novembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 647.

(5) Ch. réunies, 27 avril 1961, Gaz. Pal. 1961, 1.421; J.C.P. 1961.II.12165; D. 1961.646; A. Brun, La jurisprudence en droit du travail, 1967, p. 408 et s.

ciaire dudit règlement ne saurait exiger le maintien de son contrat jusqu'à l'entrée en jouissance de sa pension (6).

Les droits contemporains apportent des limites à ce principe du libre exercice du licenciement libérateur. Ces limites découlent du fait que le licenciement libérateur est soumis à certaines conditions de forme et de fond. Ces conditions constituent incontestablement une limitation au licenciement libérateur. La portée du contrôle judiciaire est très considérable en ce qui concerne l'application pratique de ces conditions auxquelles le licenciement libérateur est soumis.

II. — Licenciement libérateur et initiative de la rupture.

La question de savoir qui a pris l'initiative de la rupture d'un contrat de travail occupe une place considérable dans les litiges qui se posent au juge, surtout en France où il n'existe pas un strict formalisme du congé-acte juridique. Les litiges portant sur cette question sont très nombreux et des conséquences pratiques considérables découlent de la solution adoptée par le juge quant à l'attribution à l'employeur ou au salarié de l'initiative de la rupture.

Ce problème se pose surtout quand, en fait, l'employeur et le salarié se reprochent mutuellement des *comportements fautifs* qui sont à l'origine de la rupture des rapports de travail existant. *Il s'agit de désigner la partie dont le comportement fautif a été déterminant pour la rupture.* Cette situation correspond plutôt à un état de fait générateur d'un licenciement sanctionnateur. C'est pour cette raison que nous examinerons la question de l'initiative de la rupture à propos du licenciement sanctionnateur.

Au contraire, par définition, la question de l'initiative de la rupture ne se pose pas en cas de licenciement libérateur. En effet, on suppose ici que le licenciement est dû à la seule volonté de l'employeur de se libérer de ses obligations le liant à son salarié. Il ne doit donc pas y avoir de doute quant à l'initiative de ce licenciement. Néanmoins, si ce principe est valable, en général, il existe certaines espèces où les choses se présentent d'une façon moins claire.

Il s'agit des cas où les parties ne se reprochent pas mutuellement des comportements fautifs mais où elles contestent seulement que la volonté de rupture provienne de leur fait. On pourrait négliger ces situations en disant qu'il s'agit de savoir si on se trouve devant une démission du salarié ou un licenciement et que cet aspect du contrôle

(6) Cass. soc. 3 octobre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 553; Inf. Chef d'Entr. 1963, p. 34; 17 décembre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 764; Inf. Chef d'Entr. 1963.195.

judiciaire a été exclu dans notre introduction. Toutefois, nous donnerons quelques exemples jurisprudentiels concernant des espèces qui se trouvent vraiment à la limite de notre sujet et, par ailleurs, présentent un intérêt incontestable.

Dans la première espèce (7), la convention collective des industries textiles prescrivait l'envoi d'une lettre recommandée pour la résiliation du contrat de travail. L'employeur avait pris acte par écrit de la démission qui lui avait été donnée par le salarié au cours d'une discussion et avait confirmé que le contrat de travail avait pris fin après que le salarié ait nié, également par écrit, avoir offert sa démission. La Cour a considéré que l'initiative de la rupture appartenait à l'employeur puisque, même si les paroles prêtées au salarié avaient été prononcées, il n'en ressortait pas une volonté sérieuse de rompre le contrat. Une solution analogue est adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt relativement récent (8). La Cour a considéré que le mouvement d'humeur d'une ouvrière (9) ne constituait pas une démission et que la rupture du contrat incombait à l'employeur. Un autre arrêt de la Chambre sociale se situe dans cette optique (10). La Cour suprême a considéré que la phrase « si tu n'es pas content, va ailleurs » par laquelle un contremaître avait rejeté une réclamation injustifiée d'un salarié, n'avait pas un caractère impératif pouvant constituer un renvoi de l'ouvrier.

Dans une autre espèce (11), un employeur avait averti son ouvrier de l'envoi d'une lettre de congédiement. L'ouvrier, sans attendre la réception de ladite lettre avait demandé son compte et quitté l'entreprise. La Cour suprême approuve les juges du fond qui ont décidé que la rupture était imputable à l'employeur puisqu'il l'avait notifiée même oralement avant le départ de l'ouvrier.

Toutefois, en dépit de ces cas marginaux, la question de l'initiative de la rupture ne se pose pas en matière de licenciement libérateur.

Il faut signaler par ailleurs que le licenciement libérateur n'est guère concevable en cas de contrat de travail à durée déterminée. Ici, l'employeur se libère seulement à l'arrivée du terme convenu. Avant cet événement, il ne peut pas se libérer de ses obligations contractuelles de sa seule volonté. Il faut qu'il justifie la rupture prématurée du contrat par une faute grave du salarié ou par la force majeure (en droit français) et par « une cause sérieuse » (en droit allemand et grec). L'employeur ne peut donc procéder qu'à un

(7) Cass. soc. 14 juin 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 547; Inf. Chef d'Entr. 1958.816.
(8) Cass. soc. 10 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 165; D. 1965.603, note V.R.
(9) « Je préfère rester chez moi que de travailler dans ces conditions-là. »
(10) 2 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 780.
(11) Cass. soc. 13 janvier 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 21.

licenciement sanctionnateur en cas de contrat de travail à durée déterminée. Au contraire, si le contrat est à durée indéterminée, il peut procéder soit à un licenciement libérateur soit à un licenciement sanctionnateur.

Nous avons signalé auparavant que le principe du libre exercice du licenciement libérateur est tempéré dans les droits contemporains par l'exigence de certaines conditions de forme et de fond auxquelles son exercice est subordonné. Ces conditions qui apportent des limites à la liberté de licenciement par l'employeur fournissent l'occasion d'un important contrôle judiciaire.

En effet, les conditions requises pour la validité d'un licenciement doivent être constatées en cas de litige. Et cette mission appartient au juge. Ce dernier ne se contente pas de vérifier leur existence. Comme dans la plupart des cas où il est appelé à contrôler l'application effective d'une règle de droit, il interprète les règles de droit quand elles sont vagues ou quand elles contiennent des notions élastiques. Autrement dit, le juge effectue un travail de concrétisation de la règle de droit. Cet aspect du contrôle judiciaire est particulièrement évident en ce qui concerne les conditions de fond requises pour la validité du licenciement libérateur. C'est le juge français ou grec qui dira si un licenciement concret est abusif; c'est le juge allemand qui dira également si un licenciement donné est « antisocial », de même que le juge hollandais qualifiera ou non un licenciement de « manifestement déraisonnable ». Dans toutes ces hypothèses, le droit positif se contente d'interdire en général les licenciements « abusifs », « antisociaux » ou « manifestement déraisonnables », mais *c'est le juge qui donnera un contenu concret à toutes ces notions abstraites.*

D'une façon générale, il ne nous appartient pas d'examiner les conditions de forme et de fond auxquelles le licenciement libérateur est soumis dans les différents systèmes juridiques. Nous étudierons seulement le contrôle judiciaire qui se fonde sur ces conditions. Dans un premier chapitre, nous examinerons le contrôle judiciaire des conditions extrinsèques et, dans un second chapitre, celui concernant les conditions de fond.

CHAPITRE PREMIER

LE CONTROLE JUDICIAIRE DES CONDITIONS EXTRINSEQUES

Les conditions extrinsèques imposées au licenciement libérateur constituent des restrictions visant à aboutir à une certaine sécurité de l'emploi. Il faut bien rappeler que ces conditions ne concernent pas seulement le licenciement libérateur mais également le licenciement sanctionnateur. Elles ont un caractère général. Toutefois, il existe des formalités propres au licenciement sanctionnateur surtout à propos du renvoi disciplinaire. Nous examinerons le contrôle judiciaire qui les concerne quand nous aborderons le contrôle judiciaire de ce licenciement. L'obligation d'observer un préavis est une condition commune au licenciement dans tous les droits des pays de la C.E.E. D'autres conditions de source légale ou conventionnelle existent dans les divers systèmes juridiques. Certains droits sont plus exigents au sujet des formalités du licenciement, comme le droit hellénique, d'autres sont plus libéraux.

Nous examinerons le contrôle judiciaire des conditions extrinsèques dans cette première partie concernant le licenciement libérateur bien que ces règles concernent également le licenciement sanctionnateur. La raison d'un tel choix réside dans le fait que le contrôle judiciaire est ici plus significatif. En effet, le juge, vis-à-vis du licenciement libérateur, a des moyens de contrôle des motifs de l'employeur moins importants qu'en cas de licenciement sanctionnateur. Ici, il est donc limité par la force des choses à un strict contrôle des conditions de validité objective, tandis qu'en cas de licenciement sanctionnateur il peut intervenir et exercer un contrôle plus efficace des motifs de l'employeur.

Toutefois, des règles spéciales existent en ce qui concerne certaines catégories particulières de salariés. Nous aborderons le contrôle judiciaire de ces situations particulières après avoir examiné le contrôle judiciaire portant sur l'observation des limitations d'ordre général.

Section I.

LE CONTROLE DES LIMITATIONS D'ORDRE GENERAL

L'observation du préavis est la principale des conditions extrinsèques mais non la seule. Il existe en outre une intervention de l'administration en cas de licenciement, intervention qui est différente dans les divers pays (12). Certains exigent une autorisation préalable pour le licenciement; d'autres se contentent d'exiger une notification des licenciements effectués. Ailleurs, une intervention des conseils d'entreprise est exigée en cette matière. D'autres formalités (13) sont parfois imposées soit par les conventions collectives soit par le contrat individuel de travail. Nous examinerons successivement le contrôle de l'observation du préavis et le contrôle des autres conditions extrinsèques auxquelles le licenciement est soumis.

Sous-section 1.

LE CONTROLE DE L'OBSERVATION DU PREAVIS

Nous n'envisagerons pas ici l'ensemble du problème du préavis et les multiples questions qu'il soulève. Ce qui nous intéresse, c'est l'intervention du juge en ce domaine. Cette intervention se manifeste sur trois plans. En premier lieu, en ce qui concerne la validité du congé donné par l'employeur. En second lieu, en ce qui concerne la durée effective du délai-congé et, en troisième lieu, en ce qui concerne l'indemnité éventuelle de préavis. Cette troisième question, qui consiste essentiellement pour le juge à apprécier la notion de « faute grave privative du préavis », sera examinée ultérieurement dans le cadre du licenciement sanctionnateur. Nous envisagerons donc ici successivement les deux premiers aspects du contrôle judiciaire.

(12) G. Lyon-Caen, Cours de droit social européen, Les Cours de droit, 1965-1966, p. 361.

(13) Telle l'audition de l'intéressé assisté d'un délégué syndical.

A. — Le contrôle de la validité du congé.

Le congé est un acte juridique et comme tel il doit être valable pour produire des effets. Le juge doit donc contrôler si le congé donné ne souffre pas d'un vice de forme ou d'un vice de fond.

Les vices de forme concernant le congé sont l'occasion d'une intervention judiciaire importante visant à déterminer leur incidence sur le licenciement. En droit français, il n'y avait pas de forme légale concernant le congé avant la loi du 19 février 1958. Néanmoins, certaines conventions collectives imposaient la notification par écrit du congé (14). L'article 23 *in fine* du livre I[er] du Code du travail (15) stipule que « lorsque l'employeur prend l'initiative du congé, il doit le signifier par lettre recommandée avec accusé de réception ».

Après cette réforme, la question s'est posée de savoir si la formalité de la lettre recommandée était requise « ad validitatem » ou « ad probationem ». La doctrine était divisée sur cette question. Plusieurs auteurs paraissaient estimer que cette formalité était une condition de validité du congé (16). D'autres, défendaient l'opinion selon laquelle la formalité légale était exclusivement destinée à la preuve de la date du congé (17).

La jurisprudence, après un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 21 février 1962 (18) confirmé par des décisions ultérieures (19), décide que la lettre recommandée n'est qu'un moyen de preuve légale destiné à prévenir toute contestation. On peut douter que cette jurisprudence soit conforme à l'esprit de la réforme opérée par la loi du 19 février 1958 qui paraissait vouloir renforcer la sécurité de l'emploi, but qui implique une certaine rigidité dans les formes du congédiement. Mais c'est une jurisprudence constante qui considère la lettre recommandée comme une formalité probatoire. L'employeur n'est pas obligé d'utiliser certains termes pour manifester sa volonté de rompre le contrat de travail. Il n'est même pas obligé d'employer le verbe « congédier ». Il suffit que de l'ensemble de circonstances il ressorte une volonté de l'employeur de rompre le

(14) G.H. Camerlynck, La réforme du délai-congé, D. 1958, Chr. p. 59; adde : P. Sornay, L'indemnité de délai-congé. Tableau de la jurisprudence de la Cour de cassation (1947-1957), D. 1958, Chr. p. 21 et s.

(15) L. 19 février 1958.

(16) G.H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 27; Brun et Galland, Mise à jour 1960, II-275, p. 57.

(17) J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 2[e] éd. 1960, p. 469.

(18) J.C.P. 1962.II.12682, note G.H.C.; Dr. soc. 1962.568, obs. J. Savatier.

(19) Cass. civ. 8 juin 1963, Gaz. Pal. 1963.2.283; Bull. civ. 1963, II, p. 318; Cass. soc. 5 février 1964, Gaz. Pal. 1964.1.385; Soc. 23 mars 1964, Gaz. Pal. 1964.2.12; Bull. civ. 1964, IV, p. 223; adde, Soc. 1[er] décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 720; 13 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 45.

contrat. Dès l'instant où sa volonté n'est pas équivoque, le congé peut être verbal (20).

La jurisprudence française nous offre un exemple du libéralisme qu'elle applique dans la question des formes du congé par une décision de la Cour de cassation du 25 mai 1965 (21). La convention collective imposait une notification expresse du remplacement de l'employé. Dans l'espèce tranchée par l'arrêt, l'employeur avait adressé au salarié malade une lettre recommandée qui constatait l'impossibilité pour ce dernier de reprendre son travail. Les juges du fond avaient décidé que si cette lettre n'était pas strictement conforme aux exigences de la convention collective, l'esprit de cette dernière avait été cependant respecté par la notification faite à l'employé pour lui donner congé du logement qui lui était affecté à titre fonctionnel. Ils ont considéré, en effet, que le remplacement de l'employé dans son logement impliquait nécessairement son remplacement dans l'emploi. La Cour suprême a approuvé cette appréciation des juges du fond.

La jurisprudence estime que c'est l'employeur qui doit prouver, en cas de contestation, que le congé a bien été donné. Par ailleurs, si la date de ce congédiement est contestée, il appartient encore à l'employeur de prouver que le congé a été donné à la date qu'il allègue (22).

Toutefois, la lettre recommandée de congédiement constitue un moyen de preuve et elle n'est pas requise pour la validité du congé. L'employeur peut donc prouver par tout moyen le fait du congé. Mais s'il n'établit pas une autre date de congé, que celle résultant de la lettre de congédiement le juge retiendra cette dernière date.

La Cour suprême estime que l'employeur qui soutient avoir congédié verbalement le salarié à une date antérieure doit en apporter la preuve. S'il n'y parvient pas, elle retient la date résultant de la lettre de congédiement (23).

Dans une autre espèce, la lettre recommandée, confirmant à un salarié un licenciement donné verbalement la veille, lui avait été adressée quelques jours après la date d'expiration de sa période d'essai. La Cour d'appel avait décidé, en appréciant les divers éléments de la cause, que la preuve certaine du licenciement n'avait été rapportée qu'à compter de la date de cette lettre, c'est-à-dire après

(20) G. Lyon-Caen et G.H. Camerlynck, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 141, p. 131; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 546 et la jurisprudence citée.

(21) Bull. civ. 1965, IV, p. 321.

(22) Cass. soc. 29 mai 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 511; adde, 27 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 155.

(23) Cass. soc. 1er décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 720.

la fin de la période d'essai. Le salarié avait donc droit au préavis normal. La Cour suprême a approuvé cette décision (24).

Le congé peut résulter de toute circonstance qui établit l'expression de la volonté de l'employeur de mettre fin au contrat de travail de l'intéressé. Tout acte ou fait de l'employeur exprimant directement ou implicitement cette volonté constitue un congédiement.

Dans une espèce, la Cour suprême a estimé que la rupture du contrat de travail d'un directeur de société résultait du non-paiement de ses salaires échus, après injonction d'avoir à s'abstenir de toute intervention dans les affaires de cette société (25). La Chambre sociale a estimé, en outre, que la notification écrite faite à un salarié d'après laquelle il devait quitter les locaux mis à sa disposition accessoirement au contrat de travail, était équivalente à un congédiement (26).

La preuve du congé et surtout de sa date de prise d'effet, présente un intérêt pratique considérable car elle détermine les différentes sommes dues au salarié à titre de salaires ou d'indemnités de rupture.

Sur ce point, le droit hellénique adopte une solution opposée. Il considère que la forme écrite que doit revêtir l'acte juridique de congé est requise « ad validitatem » et non « ad probationem » (27). L'employeur ne peut donc pas donner congé sans le notifier par écrit. Un congé verbal et, en général, non notifié par écrit, est nul et de nul effet. Il faut également signaler qu'en droit hellénique, le paiement de l'indemnité de licenciement, éventuellement due, *constitue la seconde condition de la validité du congé* (28).

En Allemagne, la loi n'impose aucune forme pour le congé. Mais, très souvent, l'écrit est imposé soit par une convention collective (Tarifvertrag) soit par un accord d'entreprise (Betriebsvereinbarung). En ce cas, la question se pose de savoir, comme en France, si cette forme est requise « ad validitatem » ou « ad probationem ». On ne trouve pas ici de réponse unique comme en France. La jurisprudence doit examiner *dans chaque cas déterminé* quelle était la volonté réelle des parties (29). Le contrôle judiciaire est donc sur ce point déterminant en Allemagne.

(24) Cass. soc. 13 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 45.

(25) Cass. soc. 5 juillet 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 458.

(26) Cass. soc. 8 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 893.

(27) Capodistrias, Ermak, introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 44 et 55; Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 368; La forme de la dénonciation de la relation de travail, Observation de la rédaction de l'E.E.D., 1966, p. 497; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 324.

(28) A.P. n° 504/1965, E.E.D. 1965, p. 1495; 248/1962, E.E.D. 1962, p. 662; 3/1961, E.E.D. 1961, p. 207.

(29) Hueck-Nipperdey, *op. cit.* p. 547 et la jurisprudence citée; Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 78.

En Italie, l'article 2 de la loi du 15 juillet 1966 impose la notification par écrit du licenciement au salarié. Celui-ci peut demander les motifs de son licenciement dans les huit jours qui suivent la notification. Dans ce cas, l'employeur doit les lui communiquer par écrit, dans un délai de cinq jours. *Un licenciement qui interviendrait en violation de ces dispositions serait nul* (30).

(30) Le congé comme tout acte juridique peut être entaché de vices de fond, erreur, dol ou violence. Mais, en pratique, des litiges de ce genre sont extrêmement rares en droit du travail. Toutefois, comme nous l'avons déjà signalé auparavant, en droit allemand actuel le congé dont les motifs ou le but sont contraires à la bonne foi ou aux bonnes mœurs est frappé de nullité.

Il faut signaler que la technique des droits allemand et hellénique consiste *à considérer comme vices de fond du congé, en tant qu'acte juridique unilatéral, le caractère « antisocial » ou « abusif » de son exercice.* Autrement dit, dans ces systèmes, le congé lui-même est frappé de nullité pour vice de fond si son exercice est considéré comme abusif (droit grec) ou antisocial (droit allemand). En conséquence, il fallait que nous examinions ici cette question car son existence en droits allemand et grec la place parmi les vices de fond du congé-acte juridique unilatéral. Néanmoins si on méconnaît pour un moment cet aspect de technique juridique, il est bien évident que la question de l'interdiction du licenciement antisocial ou abusif constitue une des conditions de fond du licenciement libérateur comme la conception du licenciement abusif en droit français. Nous l'aborderons donc avec l'ensemble du problème des conditions de fond posées au licenciement libérateur.

Il nous reste à examiner ici une question d'une importance secondaire, mais qui a fait l'objet d'une jurisprudence intéressante. Il s'agit de savoir si des vices concernant le pouvoir de l'auteur du congé peuvent affecter la validité de ce congé et si le salarié peut se prévaloir de ces vices pour établir la nullité du congé. D'habitude, dans des sociétés, les pouvoirs des gérants ou directeurs sont fixés par les statuts de la société. Si un directeur, par exemple, dont le mandat vient à expirer, congédie un salarié de la société, ce dernier peut-il se prévaloir du fait que son licenciement est vicié par le fait que la personne qui l'avait prononcé n'avait plus le pouvoir nécessaire pour le faire ? Quelle sera l'incidence de cet agissement dudit directeur à l'égard de la société ?

L'ensemble de ces problèmes pourrait se résumer en deux questions : *a*) Le salarié peut-il se prévaloir des statuts de son employeur (personne morale) ou des contrats passés entre des tiers (associés entre eux) pour établir l'existence des vices concernant le congé donné ? *b*) Quelle sera l'incidence de ces vices sur les rapports du salarié avec son employeur ?

La jurisprudence s'est préoccupée de ces questions dans une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 13 octobre 1960 (Bull. civ. 1960, IV, p. 661). Il s'agissait d'une société qui avait embauché un salarié en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée. Une clause du contrat prévoyait qu'il ne pourrait y être mis fin que par décision conjointe de deux gérants de la société. Or, le salarié avait reçu, de la part de l'un des gérants, un congé dont il avait contesté la validité en invoquant la clause de son contrat précédemment mentionnée. Un jugement de première instance lui avait donné raison en reconnaissant que son contrat subsistait. Après ces événements a été opérée dans l'administration de la société une transformation en vertu de laquelle la gérance a été confié à un gérant unique. Celui-ci s'était borné à réitérer le licenciement précédemment donné. La jurisprudence a décidé que le premier licenciement n'était pas valable et ne pouvait produire aucun effet. De même ne pouvait être retenue comme point de départ de résiliation du contrat la date où le gérant unique s'était borné à réitérer le licenciement antérieur jugé nul. Ici la jurisprudence n'examine pas les questions que nous nous sommes posées dans leur généralité mais le fait à partir de circonstances concrètes. Ce que nous pouvons retenir de cette espèce

B. — Le contrôle de la durée effective du délai-congé.

Un second aspect du contrôle judiciaire se manifeste à propos de la durée effective du délai-congé. Tous les droits imposent au licenciement ordinaire l'observation par l'employeur d'un délai de préavis. Ce délai vise à différer dans le temps le renvoi effectif afin de donner le temps au salarié de rechercher un nouvel emploi. Ce même délai représente le temps nécessaire pour assurer au salarié les moyens de subsister pendant la recherche d'un nouvel emploi.

est que le salarié a pu efficacement invoquer les rapports entre les deux gérants pour établir un vice dans le premier licenciement. Mais il existait en sa faveur la clause expresse de son contrat qui lui accordait la garantie de l'obligation d'une décision conjointe des deux gérants concernant son licenciement.

Dans une autre espèce, bien que le comité directeur d'un club sportif ait été irrégulièrement composé du fait de la participation de huit membres supplémentaires, la Cour de Riom a estimé que la décision mettant fin au contrat de travail d'un salarié dudit club reste valable *si l'irrégularité a été sans effet sur la décision prise* (Riom, 18 mai 1965, D. 1966.767). Il faut dire que la motivation de cette dernière solution est bien faible.

En droits allemand et grec, les problèmes qui nous préoccupent ici se posent d'une façon plus claire. Le salarié peut toujours invoquer les vices du congé qui se trouvent éventuellement dans les pouvoirs de la personne qui l'a prononcé. Seul l'employeur a le droit de procéder à l'acte juridique unilatéral qu'est le congé. Si l'employeur est une personne morale, ce pouvoir appartient à la personne physique qui le représente conformément aux statuts de la société. Le salarié peut établir, en invoquant ces derniers, le défaut de pouvoir de congédiement de celui qui a prononcé le congé. Dans ce cas, le congé serait nul.

Nous n'allons pas entrer dans les détails des questions tels que la représentation ou la délégation de pouvoirs en droits allemand et hellénique. C'est le juge qui va rechercher dans chaque cas déterminé si le congé présente des vices trouvant leur origine dans un défaut de pouvoir de la part de la personne ayant prononcé le congé, ainsi que les incidences de ces vices sur la validité du congé. En général, la délégation de pouvoirs est supposée connue du salarié (et, par conséquent, il ne peut invoquer la nullité du congé de ce chef) quand la personne qui congédie est le directeur général de la société, ou le directeur du personnel (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 557, note 64; Molitor, Die Kündigung, 2e éd. 1951, p. 81). Les litiges concernant les vices du congé se rapportant au défaut de pouvoirs de représentation de la personne morale par ses organes sont résolus par le juge dans le cadre des règles de droit civil concernant la représentation et la délégation de pouvoirs (voir la jurisprudence citée par Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, notes 65, 66, 67, 67*a*).

En droit hellénique, la question qui nous préoccupe se présente sous deux aspects. En premier lieu, la personne qui a donné le congé possède les pouvoirs de représentation nécessaires pour donner le congé. Mais en vertu de l'application conjointe des articles 167, 216, 217 § 2, 226, 232 et 233 du code civil, si un acte juridique unilatéral est opéré par un fondé de pouvoirs envers un tiers, celui-ci a le droit de s'opposer sur-le-champ à cet acte si le fondé de pouvoirs ne lui présente pas l'acte écrit dans lequel il puise ses pouvoirs (Herschell, Reactionspflicht des Empfängers einer nichtigen Willenserklärung, JZ, 1960, p. 425). L'effet de cette opposition est de rendre nul l'acte juridique unilatéral ainsi opéré. La nullité du congé ne joue pas si la procuration a été communiquée au salarié par l'employeur directement. Cette communication peut être tacite et résulter d'actes tels que la nomination d'une personne comme directeur d'une section d'entreprise (personne morale) avec pleins pouvoirs sur les embauchages et les licenciements

Les tribunaux sont très stricts quant à l'observation effective du délai de préavis ou, à défaut, du versement de l'indemnité compensatrice du préavis. La jurisprudence nous en fournit des exemples. Il a été jugé (31) que l'employeur, qui ferme son usine pendant la période de préavis, ne peut se prévaloir de cette circonstance pour éluder l'obligation légale de respecter la durée du délai-congé et pour omettre de verser à un ancien ouvrier l'indemnité compensatrice due par suite de la brusque rupture du contrat. De même, un employeur ne peut se prévaloir de la fin d'une concession de travaux pour ne pas observer le préavis, du moment qu'il connaissait la date de l'expiration de la concession et n'a pas soutenu que les contrats de travail étaient à durée déterminée (32).

Le délai de préavis commence à courir à partir du moment où le congé a été donné par l'employeur. La durée du préavis est variable dans les divers pays. Elle trouve sa source dans la loi, la convention collective et les usages. Sa durée varie très souvent en raison de l'ancienneté et de la qualification professionnelle. Parfois, une différence s'institue entre le préavis dû aux employés et celui dû aux ouvriers manuels. En plus, un minimum d'ancienneté est requis (33) pour que le préavis légal soit dû. La jurisprudence estime que, pour déterminer le délai-congé, l'ancienneté dans l'entreprise doit s'apprécier à la date à laquelle le congédiement a été donné et non à celle où prend fin le préavis accordé (34). En outre, le préavis est éventuellement soumis à d'autres condiitons.

ou comme directeur du personnel de l'ensemble de l'entreprise (Vassiliou, Dénonciation du contrat de travail par une tierce personne, E.E.D. 1961, p. 394). Ces principes ont été appliqués au congé qui est un acte juridique unilatéral (A.P. n° 440/1963, E.E.D. 1963, p. 992; 70/1960, E.E.D. 1960, p. 321). Si le salarié ne manifeste pas son opposition immédiate envers un congé qui est opéré sans que le fondé de pouvoirs lui ait présenté l'écrit par lequel il est mandaté, le congé est valable si le fondé de pouvoirs avait vraiment un pouvoir de représentation dont il peut apporter la preuve (voir les arrêts précités ainsi que : Balis, Les principes généraux du droit civil, 7e éd. 1955, § 115, p. 309 et s.; Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 354 et s.; Vassiliou, *op.* et *loc. cit.*).

En second lieu, on envisage l'hypothèse où la personne qui a donné le congé n'avait pas le pouvoir nécessaire pour le faire. En ce cas, la jurisprudence considère que le congé ainsi prononcé est un acte étranger à l'employeur et qui ne peut avoir aucun effet pour lui. Le contrat de travail continue si le salarié poursuit l'exécution de ses obligations. La question se pose alors de savoir si la ratification ultérieure du congé par les organes compétents de la personne morale a des effets rétroactifs. La jurisprudence considère que cette ratification n'a pas de rétroactivité mais qu'elle vaut pour un nouveau congé. Sur toutes ces questions la jurisprudence est constante en ce sens (A.P. Ch. Réunies, n° 761/1964, E.E.D. 1965, p. 143; A.P. Ch. Réunies, n° 381/1962, E.E.D. 1962, p. 839; A.P. n° 233/1961, E.E.D. 1961, p. 656; 370/1957, E.E.D. 1957, p. 756; 20/1957, E.E.D. 1957, p. 220; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 296).

(31) Cass. soc. 6 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 576.

(32) Cass. soc. 20 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 949.

(33) Six mois en France, deux mois en Grèce.

(34) Cass. soc. 16 février 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 135.

Nous n'examinerons pas les multiples problèmes que pose le préavis ainsi que le calcul de l'indemnité du délai-congé. Nous orienterons ici notre recherche sur le contrôle judiciaire portant sur trois points : d'une part, la fixation du moment de la prise d'effet du congé, d'autre part, celui de la cessation du contrat de travail, enfin celui de la fixation de la durée du préavis. Le contrôle judiciaire concernant l'appréciation de la faute grave du salarié privatrive du préavis, sera envisagé ultérieurement.

a) Le contrôle concernant la date de la prise d'effet du congé.

Nous avons précédemment signalé (35) le caractère du congé en tant qu'acte unilatéral « réceptice ». Cela signifie qu'il prend effet dès qu'il est parvenu à l'autre partie (36). Des problèmes délicats se posent quand il s'agit de déterminer le moment exact de la prise d'effet du congé. Est-ce le moment de l'émission, de la perception ou de la réception du congé? Ces problèmes relèvent plutôt du droit civil. Nous retiendrons qu'en ce qui concerne le congé, il prend effet *dès que le destinataire a été mis en mesure de pouvoir prendre connaissance de l'acte* (37). En outre, la détermination de la date de prise d'effet du congé est liée au problème, délicat en cette matière, de la preuve. L'ensemble du problème de la preuve sera envisagé ultérieurement.

Si on détermine la date de prise d'effet du congé et si on fixe, par ailleurs, la durée du délai de préavis, on arrive à déterminer le moment de la cessation du contrat de travail. Ces questions d'ordre chronologique peuvent apparaître comme scholastiques, mais leur importance pratique est considérable et ils absorbent une grande partie du contrôle judiciaire. En effet, ils ont une incidence directe sur l'importance des sommes dues au salarié à titre des salaires échus ou d'indemnités ou de diverses primes qui sont fixées suivant un mode de calcul différé. Enfin, ces mêmes questions ont une influence directe sur le calcul de l'ancienneté du salarié et des multiples avantages légaux ou conventionnels qui en découlent.

D'une manière générale, la jurisprudence estime que le congé qui est un acte de volonté unilatéral ne met pas fin au contrat de travail à durée indéterminée; son seul effet est de fixer la date à laquelle il prendra fin (38). Normalement, le déroulement des faits est le suivant.

(35) *Supra* Introduction I.E.

(36) Cass. soc. 28 juin 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 432.

(37) A. Robert, La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis, *in*, La tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, p. 50.

(38) Cass. soc. 24 janvier 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 100.

L'employeur notifie un congé au salarié. Celui-ci poursuit pendant le préavis l'exécution de ses obligations en recevant le salaire. Les rapports de travail cessent automatiquement et sans aucune formalité dès l'expiration du délai de préavis. La jurisprudence observe strictement cette dernière règle. Elle l'a rappelée dans une espèce où l'employeur avait conservé provisoirement, par bienveillance et à titre précaire, le salarié à son service (39). La même règle a inspiré la jurisprudence dans la décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 6 juillet 1964 (40). Il s'agissait d'un directeur d'une usine qui avait continué à fournir ses services au-delà de la date d'expiration du délai-congé. La Cour suprême a estimé que cette prolongation ne lui ouvrait pas droit à un nouveau délai de préavis étant donné que la situation de l'entreprise ne permettait pas de l'engager à nouveau, cette situation étant connue dudit salarié. Son contrat avait donc expiré automatiquement à la fin du délai-congé.

En dehors des problèmes spéciaux posés par la dispense de travail pendant le délai-congé au sujet de la date d'expiration du contrat de travail, le contrôle judiciaire s'exerce afin de fixer cette date. Il s'agit essentiellement de déterminer le moment de la prise d'effet du congé. Cette date c'est *le jour de la réception de la lettre recommandée de congédiement* (41). La jurisprudence considère d'une façon constante que le préavis constitue un délai préfixe ne comportant aucune cause de suspension ou d'interruption. L'employeur peut signifier un congé, par ailleurs motivé, au salarié même pendant sa maladie; le préavis commence à courir immédiatement (42) sans salaire ni indemnité en cas de non-reprise du travail (43). Il en va de même pour un salarié dont le contrat est suspendu à cause d'un accident de travail (44).

Si l'employeur a observé la formalité de la lettre recommandée, le juge peut plus facilement fixer la date de départ du préavis et, par conséquent, la date d'expiration du contrat de travail. Sa tâche devient plus délicate en cas de non-observation de cette formalité légale. En ce cas, il s'efforce de déterminer comme point de départ du préavis le moment de la rupture effective des rapports de travail. Bien entendu, dans cette hypothèse, nous supposons que l'initiative de la rupture de l'employeur ne fait pas de doute; il s'agit, seulement de savoir quand le congé a été donné. Prenons trois exemples jurisprudentiels.

(39) Cass. soc. 24 avril 1963, J.C.P. 1963.II.13240 *bis* et la note.
(40) Bull. civ. 1964, IV, p. 490.
(41) Cass. soc. 5 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 360; 6 février 1963, *Bull. civ.* 1963, IV, p. 106.
(42) Cass. soc. 6 février 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 103 ; 14 juin 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 396.
(43) Cass. soc. 5 mai 1966, précité; 25 octobre 1961, D. 1962.31, note A. Rouast.
(44) Cass. soc. 7 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 634.

Dans une première espèce (45), une société ayant autorisé une salariée à travailler à domicile, lui avait demandé à travailler de nouveau dans ses locaux. La salariée avait refusé de satisfaire à cette demande. La société l'avait alors avertie que, faute de s'exécuter, elle serait considérée comme démissionnaire. Malgré cet avertissement, la salariée avait persisté dans son refus. La société avait fait alors reprendre à son domicile les instruments de travail à elle confiés. Il s'agissait de fixer le moment de la résiliation du contrat pour calculer les salaires dus à la salariée. La Cour suprême a approuvé l'arrêt des juges du fond ayant fixé comme date de prise d'effet de la résiliation du contrat, la date de la reprise par la société des instruments de travail confiés à la salariée.

Dans une deuxième espèce (46), un salarié ayant commis une faute grave avait cessé ses fonctions immédiatement. Quelques jours après, il avait été révoqué, la décision de révocation précisant qu'elle constatait la rupture du contrat intervenue à la date de la faute du salarié. La Cour de cassation a considéré que la date de la rupture du contrat était celle où la faute avait été commise et que le salarié n'était pas en droit de réclamer des salaires ou indemnités pour la période incluse entre la faute et la révocation.

En troisième lieu (47), un employeur s'était borné à déclarer qu'il prenait acte de la rupture du contrat par le salarié. Un jugement intervenu postérieurement avait constaté que le contrat n'avait pas été effectivement rompu par le salarié. L'employeur avait refusé d'exécuter ce jugement. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient décidé que le congédiement était intervenu à la date du refus de l'employeur d'exécuter le jugement en question.

Parfois, la question de la fixation du point de départ du préavis devient complexe à cause de l'existence de certains usages locaux. Le contrôle judiciaire intervient alors pour apporter une solution précise. Il exige d'abord que l'usage soit établi avec précision par la partie qui l'invoque. A défaut, il refuse l'application de l'usage invoqué (48).

La jurisprudence applique constamment la règle selon laquelle la convention collective prévaut sur l'usage (49) même si elle consacre une règle moins favorable au salarié (50). Ce principe a été récemment rappelé par la Cour de cassation.

(45) Cass. soc. 16 juin 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 388.
(46) Cass. soc. 17 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 296.
(47) Cass. soc. 5 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 754.
(48) Cass. soc. 22 avril 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 256.
(49) Cass. soc. 26 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 662; 12 décembre 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 1035.
(50) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 145, p. 132.

Il s'agissait d'un conflit entre la convention collective nationale des transports routiers qui fixait à un mois le délai de préavis et une coutume lyonnaise fixant le point de départ du délai de préavis à l'expiration du mois en cours lors du congé. Les juges du fond avaient estimé qu'il n'y avait pas de conflit entre ces deux dispositions et par conséquent, que la règle de la primauté de la convention collective sur l'usage ne pouvait pas s'appliquer.

Le Tribunal civil de Lyon et le Tribunal de grande instance de Villefranche-sur-Saône, statuant sur renvoi après cassation du jugement du Tribunal civil de Lyon, avaient estimé que si la convention collective en question prévoyait un délai-congé d'une durée d'un mois, *elle ne contenait pas de disposition contraire* à la coutume lyonnaise fixant d'une façon précise le point de départ du délai de préavis à l'expiration du mois en cours lors du congé. Les juges du fond estimaient, en d'autres termes, que la convention collective et la coutume lyonnaise concernaient deux questions distinctes : l'une, *la durée* du préavis, l'autre, son *point de départ*. Elles n'étaient donc pas incompatibles et devaient trouver une application conjointe.

Telle n'a pas été l'opinion de la Cour de cassation qui a d'abord cassé la décision du Tribunal civil de Lyon (51), et ensuite par une décision des Chambres réunies (52) a cassé de nouveau l'arrêt du Tribunal de grande instance de Villefranche-sur-Saône qui avait repris les arguments de l'arrêt du Tribunal civil de Lyon : « En statuant ainsi, alors que, pour les employés de la catégorie de Piot, la convention collective nationale des transports routiers, laquelle pouvait déroger aux usages, fixait à un mois le délai de préavis, délai devant commencer à courir dès la notification du congédiement, les juges d'appel ont violé le texte susvisé (art. 23 al. 2, du livre I[er] du Code du travail) ». La Cour suprême a donc rejeté d'une façon catégorique l'interprétation des juges du fond.

Nous avons constaté que la jurisprudence française rencontre beaucoup de difficultés pour déterminer le point de départ du préavis. Ces difficultés sont dues à l'absence, en droit français, d'un strict formalisme au sujet du congé.

Le droit grec est, en ce qui concerne ce dernier point, à l'opposé du droit français. La forme écrite du congé est requise « ad validitatem ». Un congé donné sans observation de cette formalité est nul et privé de tout effet. Puisque tout congé valable est donné par écrit, la jurisprudence n'a qu'à appliquer les règles générales pour déter-

(51) Cass. soc. 21 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 868; J.C.P. 1962.II.12537, note G.H.C.

(52) 22 juin 1966, Bull. civ. 1966, Ch. R., p. 1; J.C.P. 1966.II.14844, n. VOIRIN; D. 1966.502.

miner le moment de prise d'effet du congé. *C'est le jour suivant celui au cours duquel le congé a été signifié* (53). Le délai de préavis commence donc à courir le lendemain de la signification du congé et prend fin avec l'expiration de la dernière journée de ce délai (54).

Nous avons signalé précédemment que le droit allemand adopte une position intermédiaire en ce qui concerne les formalités du congé. En effet, dans la plupart des cas, il appartient au juge d'apprécier si la forme exigée pour le congé par une disposition conventionnelle est requise pour la validité ou pour la preuve du congé. Si le juge adopte la première solution, le problème de la date de la prise d'effet du congé sera résolu facilement. S'il adopte la seconde solution, il rencontrera des difficultés comparables à celles du juge français. Toutefois, en règle générale, *le congé prend effet, en droit allemand, le lendemain de sa signification* (55).

b) Dispense de travail pendant le délai-congé et moment de cessation du contrat de travail.

Une pratique courante de dispense de travail pendant la durée du délai de préavis pose des problèmes juridiques délicats (56). Cette mesure est prise par décision unilatérale de l'employeur et consiste à dispenser le salarié congédié d'exécuter la prestation de travail pendant la durée du préavis. Lors du congé l'employeur versera au salarié, outre ses salaires échus, le montant de la rémunération qu'il aurait perçue s'il était effectivement demeuré à son poste dans l'entreprise.

Cette dispense de travail pendant le délai-congé pose certains problèmes concernant la date de cessation du contrat de travail. Nous précisons qu'il s'agit d'une dispense prise *par décision unilatérale de l'employeur* et non d'une mesure fondée sur une base contractuelle. La licéité de la dispense est reconnue par la doctrine (57) et la jurisprudence (58). Néanmoins, la question se pose de savoir quelle est le moment de la cessation du contrat de travail si le salarié est licencié avec dispense de travailler pendant la durée de préavis. La cessation survient-elle au moment de la réception du congé par

(53) Article 241 du Code civil.

(54) Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 264.

(55) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 564 et la jurisprudence citée.

(56) G.-H. Camerlynck, La dispense de travail pendant le délai-congé (A propos des récentes décisions de la Cour de cassation), J.C.P. 1966.I.2003.

(57) Durand et Vitu, tome II, n° 458, p. 865; Brun et Galland, mise à jour 1962, II.283, p. 95; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 150, p. 136.

(58) G.-H. Camerlynck, article précité, jurisprudence citée note 2.

le salarié ou le contrat subsiste-t-il jusqu'à la fin de la durée du délai-congé?

La doctrine (59) et la jurisprudence (60) se prononcent en faveur de la rupture immédiate. L'employeur, en dispensant le salarié de l'exécution de la prestation de travail et en lui versant l'indemnité de préavis, entend procéder à la résiliation immédiate du contrat. Cette thèse de rupture immédiate comporte certains inconvénients sérieux pour le salarié, surtout à propos du calcul des diverses indemnités et primes ainsi que des avantages qui pourraient résulter pour lui du calcul de son ancienneté.

Ainsi, un courant jurisprudentiel récent, relevé et anlysé par M. le professeur G.H. Camerlynck (61) tend à considérer qu'en cas de dispense de travail pendant le préavis, le contrat prend fin *à l'expiration du délai normal de préavis et non à la date de notification du congé avec dispense de travailler pendant le délai-congé.*

Ce courant a été amorcé par un arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 1962 (62). Il s'agissait de savoir si un salarié avait droit à une prime de fin d'année réservée au personnel présent dans l'entreprise lors du versement de la prime. Or, ce salarié avait été congédié, avec dispense d'exécuter le travail pendant le délai-congé, avant le versement de ladite prime. La Cour suprême a considéré que le contrat de travail n'ayant pris fin qu'à l'expiration du délai de préavis, le salarié devait être considéré comme « présent » dans l'entreprise et, par conséquent, avait droit à la prime de fin d'année. La décision de la même Chambre sociale du 6 novembre 1964 (63) concernant la même question se prononçait dans le même sens. Dans une autre espèce (64) la Cour de cassation s'inspire des mêmes préoccupations. Il s'agissait de calculer l'ancienneté du salarié afin de fixer le montant de son indemnité de licenciement. La Cour suprême a estimé que le contrat n'avait pris fin qu'avec l'expiration du préavis, même si l'intéressé avait été dispensé d'accomplir son travail pendant ce même préavis : « les juges du fond ont pu apprécier en l'espèce que la lettre de licenciement n'avait pas rompu immédiatement le contrat de travail, qu'elle avait eu simplement pour effet d'en fixer le terme ».

(59) Durand et Vitu, *op.* et *loc. cit.*; Brun et Galland, *op.* et *loc. cit.*; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat du travail, pp. 93 et 96; J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 4e éd. 1966, p. 495.

(60) Cass. soc. 3 novembre 1960, Dr. soc. 1961, p. 570, note A.B.; 22 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 340; 10 avril 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 293.

(61) Article précité.

(62) J.C.P. 1963.II.13052, note G.H.C.

(63) J.C.P. 1966,.II.14679, 1re espèce.

(64) Cass. soc. 5 novembre 1964, J.C.P. 1966.II.14679, 2e espèce.

Le bien-fondé de cette solution jurisprudentielle concernant le moment de la cessation du contrat de travail a été contesté par M. Camerlynck (65). Mais la jurisprudence vise, par cette thèse, à obtenir un résultat favorable au salarié : lui conserver les salaires, accessoires de salaires et autres avantages qu'il risque de perdre si on adopte la thèse contraire, c'est-à-dire la rupture immédiate du contrat. C'est cette préoccupation de la jurisprudence qui s'exprime dans un arrêt de la Chambre sociale du 17 mars 1965 (66) : « La dispense par l'employeur d'exécution du travail pendant le délai-congé n'entraîne jusqu'à l'expiration de ce délai aucune diminution des salaires et autres avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail ». Ce but est approuvé par M. Camerlynck (67) qui, par ailleurs, ne le trouve pas incompatible avec le maintien de la thèse de la rupture immédiate du contrat en cas de dispense de travail imposée par l'employeur.

Jusqu'ici nous avons examiné l'incidence de la dispense de travail quant au moment de la cessation du contrat du point de vue des droits individuels. Mais le même problème se pose à propos des litiges au sujet de la durée des fonctions ou de l'éligibilité des salariés comme délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise.

La Chambre civile, 2e section, a rejeté dans deux espèces (68) la thèse de la rupture immédiate du contrat en cas de congédiement avec dispense de travail pendant le délai-congé. Dans ces deux cas, le même problème se posait devant la Cour de cassation. Il s'agissait de savoir si un salarié congédié avec dispense de préavis pouvait être ultérieurement candidat aux fonctions de délégué du personnel et élu à des élections intervenues avant l'expiration du délai de préavis.

Dans l'arrêt du 25 février 1966 (69), la Chambre civile, 2e section, est catégorique : « attendu que le fait par l'employeur de dispenser un salarié de continuer à exécuter le contrat de travail pendant le délai-congé, *n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle ce contrat prend fin;* — Que le jugement après avoir constaté que Levasseur (le salarié) avait droit à un préavis d'un mois venant à expiration postérieurement à la date de l'élection litigieuse, énonce qu'à cette date, le susnommé continuait à faire partie de l'entreprise et pouvait être candidat; — Qu'ainsi, hors de toute dénaturation, il a légalement justifié sa décision ».

(65) Article précité.
(66) J.C.P. 1966.II.14679, 3e espèce.
(67) Article précité.
(68) Cass. civ. 2e, 25 février 1966, Bull. civ. 1966, II, p. 196; J.C.P. 1966.II.14679, 4e espèce; 29 mars 1966, Bull. civ. 1966, II, p. 309.
(69) Précité.

Le même point de vue est exprimé dans la seconde hypothèse envisagée par la Chambre civile, 2e section, dans son arrêt du 29 mars 1966 (70). Le problème était le même, à savoir si un salarié congédié avec dispense de travail pendant le préavis pouvait être inscrit sur une liste électorale de candidats aux élections des délégués du personnel publiée *après son licenciement et avant la date d'expiration du délai-congé*. La Cour suprême a confirmé la décision des juges du fond d'après laquelle le salarié devait être considéré comme faisant partie du personnel de l'entreprise au moment de la publication de cette liste électorale car son contrat n'avait pas expiré au moment de cette publication.

Cette dernière jurisprudence a été critiquée par M. le professeur G.H. Camerlynck (71). En effet, ces résultats sur le plan pratique paraissent discutables car elle aboutit en réalité à ouvrir la possibilité de se faire élire comme délégué du personnel à un salarié qui a cessé, en fait, de faire partie de celui-ci et « dont les fonctions en cas d'élection prendront fin dans un bref délai au bout de quelques semaines ou de quelques mois, à l'expiration d'un préavis antérieurement et régulièrement signifié » (72). Par ailleurs, cette jurisprudence se concilie mal, du point de vue des fins poursuivies, avec les appréciations de cette même Chambre civile de la Cour de cassation à propos d'un problème voisin. En effet, la Cour suprême considère (73) qu'un délégué du personnel, victime d'un licenciement irrégulier (refusé par l'inspecteur du travail) et à qui l'accès de l'usine a été interdit arbitrairement par l'employeur, ne peut pas s'inscrire sur une liste électorale pour être élu aux fonctions de délégué du personnel.

Nous avons constaté que le problème de la fixation de la date d'expiration du contrat de travail, en cas de licenciement avec dispense de travail pendant le délai-congé, n'est pas uniformément résolu par la jurisprudence. Le sens d'une évolution encore inachevée caractérise le contrôle judiciaire en cette matière : ne pas priver le salarié des avantages pécuniaires et autres qui résultent pour lui du délai de préavis.

c) L'intervention du juge quant a la fixation de la durée du préavis.

En ce domaine, le contrôle judiciaire revêt une importance pratique considérable. En effet, la pluralité des sources du droit au

(70) Précité.
(71) Article précité.
(72) G.-H. Camerlynck, article précité.
(73) Cass. civ. 10 novembre 1966, D. 1967.178, note G. Lyon-Caen.

délai-congé, leur combinaison ainsi que les diverses conditions qu'elles posent au sujet de la durée du préavis et des personnes y ayant droit, confèrent à l'intervention du juge un intérêt pratique incontestable.

Une importante intervention du législateur vient de se produire en cette matière au moyen de l'article 4 de l'ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement. Cette disposition édicte que « sans préjudice de l'application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 23 du livre Ier du Code du travail, tout travailleur salarié relevant des activités mentionnées au premier alinéa de l'article 31 du livre Ier du Code du travail, lié par un contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié alors qu'il compte deux ans d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, au choix de l'employeur : soit à un délai-congé de deux ans, soit à un délai-congé d'un mois accompagné d'une indemnité spéciale dont le taux et les modalités de calcul sont déterminés par décret. Le montant de cette indemnité s'ajoute à celui de l'indemnité de licenciement prévue à l'article 2 ci-dessus (74) et, le cas échéant, à l'indemnité de licenciement applicable en vertu d'une convention collective de travail, d'un accord collectif d'établissement, d'un règlement de travail, du contrat de travail ou des usages ».

A notre connaissance, il n'existe pas encore de jurisprudence à propos de cette disposition. Nous pensons néanmoins que la jurisprudence rendue sous le régime juridique antérieur à l'ordonnance du 13 juillet 1967 garde toute sa valeur.

Toutefois, ces dispositions posent plusieurs problèmes juridiques nouveaux dont le principal est celui concernant la nature et les conditions d'attribution de l'« indemnité spéciale » instituée par cette ordonnance (75).

En ce domaine, le juge règle tout d'abord les conflits entre les diverses sources et nous avons vu qu'il applique, en cette occasion, la règle de la primauté de la convention collective sur l'usage, même quand elle consacre une règle moins favorable au salarié (76). Il s'occupe également des conflits entre le contrat individuel et un règlement intérieur nouveau (77) et il applique la règle d'après

(74) Cet article prévoit, pour tout salarié ayant deux années d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, une indemnité minimum de licenciement, dont le taux et les modalités de calcul en fonction de la rémunération antérieure à la rupture sont fixés par décret.

(75) Liaisons sociales, 1967, n° 3252; Audinet, Les nouveaux droits du salarié licencié (Commentaire de l'ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967), J.C.P. 1967.I.2116.

(76) Cass. Ch. Réunies 22 juin 1966, Cass. soc. 21 décembre 1961 précités; adde, Cass. soc. 3 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 524; Dr. soc. 1963.228, obs. J. Savatier; 26 juin 1959; 12 décembre 1958, précités.

(77) Cass. soc. 2 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 201.

laquelle les parties ne peuvent convenir d'un délai de préavis d'une durée inférieure à celle fixée par la convention collective (78). Il examine ensuite si le salarié a l'ancienneté nécessaire pour prétendre au préavis légal. Cette tâche du juge revêt une importance considérable à la lumière de l'ordonnance du 13 juillet 1967 et de l'« indemnité spéciale » qu'elle institue en faveur du salarié ayant une ancienneté de deux ans.

A cette fin, il exige que les services du salarié soient continus. Tel n'est pas le cas s'il y a eu suspension du contrat pour cause de maladie. Le temps de cette suspension n'entre pas en compte dans le calcul de l'ancienneté de six mois exigée par la loi du 19 février 1958 (79). Par contre, il a été jugé (80) que l'ouvrier qui a poursuivi le même travail sur le même chantier, sous la direction de deux sociétés engagées solidairement dans l'exécution d'une construction, l'une ayant terminé les opérations commencées par l'autre, peut prétendre, lors de son licenciement par la seconde société, à un délai-congé d'un mois, *la durée totale de ses services continus excédant six mois.*

En général, c'est le juge qui appréciera, en cas de contestation, la durée exacte du délai-congé auquel le salarié a droit (81). Les sources de contestation les plus fréquentes en pratique sont, d'une part, *l'existence et la signification d'un usage dans la localité ou la profession* et, d'autre part, *la qualification professionnelle du salarié.* Des contestations s'élèvent également au sujet de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise.

Nous en donnerons quelques exemples jurisprudentiels.

Dans un arrêt du 8 janvier 1964 (82), la Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé un arrêt qui accordait un préavis de trois mois à un agent de maîtrise en se bornant à énoncer que, pour les ingénieurs, les agents de maîtrise et les cadres, la durée du délai-congé était de trois mois, *sans s'expliquer sur l'usage auquel il se référait pour assimiler, en ce qui concerne le préavis, les agents de maîtrise aux ingénieurs et aux cadres.*

Par ailleurs, la Cour suprême estime que si on fait appel à un usage, il faut que celui-ci soit un usage du lieu d'emploi et non du siège social de la société employeur (83).

(78) Cass. soc. 20 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 399.
(79) Cass. soc. 5 mai 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 285; 9 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 551.
(80) Cass. soc. 19 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 57.
(81) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 269; 14 décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 777; 24 février 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 129.
(82) Bull. civ. 1964, IV, p. 13.
(83) Cass. soc. 15 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 492.

D'une manière générale, le contrôle judiciaire se montre très exigeant quant à l'acceptation d'un usage. Il faut que son existence soit établie clairement et directement. Un raisonnement fondé sur l'analogie n'est pas suffisant. Telle était notamment l'opinion de la Cour de cassation dans une espèce relativement récente (84).

Il s'agissait de fixer la durée du délai-congé d'un coupeur-technicien sur mesures de la région parisienne. Les juges du fond avaient estimé qu'il existait par analogie un usage dans la localité et la profession, motif pris de ce que, dans cette région, tout cadre se voyait accorder un préavis de trois mois, notamment dans les industries de l'habillement, lesquelles ne sont pas sans similitudes avec la profession de tailleur. Ils avaient donc fixé à trois mois la durée du délai-congé auquel ledit salarié avait droit. La Cour suprême a censuré cette décision. Elle a tiré ses arguments de l'analyse des dispositions en vigueur. D'une part, elle a observé que la convention collective du 5 avril 1939 demeurée en vigueur jusqu'à son remplacement par celle du 5 décembre 1956 prévoyait un délai-congé d'un mois pour l'ensemble du personnel de la coupe. D'autre part, elle a signalé que, au cours des discussions de la nouvelle convention collective, la délégation ouvrière ayant demandé un préavis de trois mois pour les coupeurs, la délégation patronale s'y était opposée. Ce dernier fait excluait donc l'existence d'un usage établi à cette époque. Par ailleurs, les juges du fond n'avaient pas constaté qu'il s'était créé depuis un usage. Leur jugement a donc été cassé.

La durée du délai-congé dépend également de la qualification professionnelle du salarié (85). Les litiges concernant la durée du préavis se résument, très souvent, à une contestation au sujet de la qualification professionnelle du salarié (86).

C'était le cas dans une espèce tranchée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 24 juin 1965 (87). Il s'agissait d'un salarié embauché comme conducteur de travaux avec un traitement mensuel. Les juges du fond avaient constaté que, depuis son embauchage, son traitement avait considérablement augmenté, qu'au moment de la rupture de son contrat de travail il dirigeait des chantiers et que son employeur le considérait comme « ingénieur assimilé ». Ils avaient donc décidé, visant expressément l'usage constant qui accorde aux cadres un préavis de trois mois, de faire bénéficier ce salarié d'un délai-congé d'une telle durée « correspondant à l'im-

(84) Cass. soc. 30 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 757.

(85) Despax, La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques, J.C.P. 1962.I.1710.

(86) Cass. soc. 7 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 771; 30 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 756.

(87) Bull. civ. 1965, IV, p. 410.

portance de ses fonctions ». Ils ont été approuvés dans leur appréciation par la Cour suprême. De même, une décision de la Chambre sociale du 25 mars 1966 (88), fixe la durée du délai-congé d'un salarié en appréciant, d'une part, sa qualification professionnelle et, d'autre part, les dispositions de la convention collective applicable.

En droit allemand, il n'existe pas de règle unique au sujet de la durée du préavis. Il existe des règles légales concernant les différentes catégories professionnelles, notamment les ouvriers de l'industrie et les employés de l'industrie et du commerce. Par ailleurs, des dispositions spéciales fixent la durée du préavis pour l'ensemble des employés ayant dépassé un certain âge. Le délai-congé de ces derniers varie en raison de leur ancienneté dans la même entreprise (89). A ces dispositions légales, des modifications peuvent être apportées, même dans un sens défavorable au salarié, par la convention collective ou le contrat individuel. Mais il existe des délai-congés minima pour les différentes catégories auxquelles des dérogations défavorables au salarié ne sont pas possibles.

En présence de cette réglementation, très sommairement décrite, le contrôle judiciaire concernant le préavis présente les mêmes caractéristiques qu'en France. Il vise tout d'abord à résoudre les conflits éventuels entre les diverses sources du droit au délai-congé. Ensuite vient le problème de la fixation de la durée du préavis. Le contrôle judiciaire affronte alors deux questions dont l'influence est directe sur la durée du délai de préavis auquel le salarié peut prétendre : *la qualification professionnelle* (90) et *l'ancienneté de services*. Mais le juge allemand s'est préoccupé d'une question plus générale. Est-ce que, de l'état de la législation sur la durée du préavis, résultait un principe d'égalité et de réciprocité au sujet du délai de préavis (Gleichheit der Kündigungsfristen) ?

En effet, des dispositions concernant les salariés de l'industrie, du commerce et des mines, c'est-à-dire la majorité de la main-d'œuvre, stipulent, d'une part, que la durée du préavis doit être la même, que le congé émane du salarié ou de son employeur et, d'autre part, que les conventions contraires sont nulles (91). La doctrine observe qu'une disposition semblable fait défaut dans les dispositions du code civil, ce qui signifie qu'un principe général d'égalité et de réciprocité concernant la durée du préavis ne peut pas être considéré comme

(88) Bull. civ. 1966, IV, p. 263.

(89) Pour l'ensemble de cette réglementation voir Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 571 et s.; des mêmes auteurs, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, p. 116 et s.

(90) Ouvrier ou employé, ainsi que les différentes autres catégories professionnelles pour lesquelles un délai spécial est prévu.

(91) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 568.

établi (92). Mais la doctrine et la jurisprudence se sont préoccupées de la signification de ces règles qui imposent, en ce qui concerne certaines catégories de salariés, l'égalité et la réciprocité au sujet du préavis. La doctrine et la jurisprudence admettent que ces dispositions signifient seulement que l'inégalité ne peut être instituée *au détriment du salarié.* Autrement dit, la convention contraire ne peut pas prévoir pour le salarié un préavis inférieur à celui que ce même salarié doit observer en cas de démission (93). Toutefois, cette interprétation ne va pas jusqu'à permettre des clauses contractuelles instituant des facilités pour dénoncer le contrat ou apportant des restrictions à cette dénonciation si ces facilités ou restrictions ne sont pas applicables aux deux parties (94).

Ces appréciations du droit allemand rejoignent celles du droit français et laissent apparaître le dépassement progressif des postulats d'égalité et de réciprocité en ce qui concerne le licenciement (95) (96).

En Grèce, outre la forme écrite du congé, une deuxième condition est également requise pour la validité de celui-ci : *le versement de l'indemnité de licenciement calculée sur la base du préavis dû au salarié licencié* (97). Il ne s'agit pas d'une indemnité de licenciement telle qu'on l'entend en droit français. *Il s'agit d'une indemnité forfaitaire calculée sur l'ancienneté du salarié. Elle doit être versée au moment même du licenciement, sinon celui-ci est nul.* Par conséquent,

(92) Hueck-Nipperdey, *op.* et *loc. cit.*

(93) Hueck-Nipperdey, *op. cit.* p. 569 et la jurisprudence citée; adde, Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5° éd. 1957, p. 217; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2° éd. 1954, p. 365; Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3° éd. 1961, p. 714.

(94) Hueck-Nipperdey, *op. cit.* p. 570 et la jurisprudence citée notes 32, 34 et 34*a*.

(95) G.-H. Camerlynck, De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement, J.C.P. 1958.I.1425; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2° éd. 1967, n° 148, p. 134.

(96) En Allemagne, le congé est un acte juridique unilatéral et, comme tel, est soumis aux règles générales de validité des actes juridiques. Ces règles ne sont pas observées par exemple, si le congé méconnaît une disposition légale ou conventionnelle, s'il est marqué par un vice de volonté de son auteur ou un défaut de capacité juridique ou *s'il est fait sans observation du délai-congé obligatoire.* En présence de ce dernier vice le congé peut, en application des règles générales concernant les actes juridiques, être frappé de nullité. En ce cas, le congé ne produit pas d'effet juridique et le contrat de travail auquel il visait de mettre fin subsiste. On applique alors les règles du Code civil allemand tant en ce qui concerne la procédure que le fond et non les règles de la loi du 10 août 1951 (Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 670 et la bibliographie citée note 166). La distinction des vices du congé, de ce point de vue, ainsi que ses conséquences, qui sont considérables surtout en ce qui concerne le contrôle judiciaire, ont été examinées par M. Ostermeyer dans son article intitulé, Die sozialwidrige und die aus sonstigen Gründen unwirksame Kündigung (RdA, 1952, p. 142).

Ce que nous voulons mettre ici en évidence est que ces vices du congé sont tout à fait différents du vice résidant dans son caractère antisocial, lequel est sanctionné par la loi du 10 août 1951 (KSchG).

(97) A.P. n° 97/1966, E.E.D. 1966, p. 478; 9/1966, E.E.D. 1966, p. 342.

le juge doit déterminer la somme exacte due au salarié *pour estimer la validité ou la nullité du licenciement ainsi prononcé.* Le calcul par le juge de cette indemnité forfaitaire fait donc partie du contrôle du licenciement même. En raison de cette particularité, nous examinerons sommairement l'action du juge grec en ce domaine.

Le problème préoccupant la jurisprudence française, à savoir la légitimité de la rupture immédiate avec versement de l'indemnité de préavis, est résolu en Grèce. L'employeur peut licencier sur-le-champ le salarié à condition de lui payer l'indemnité de licenciement.

La durée du préavis varie en fonction de la qualification professionnelle et de l'ancienneté du salarié. Une grande distinction est opérée par la législation entre les ouvriers manuels et les employés. Les deux catégories ont droit au préavis légal à partir de 2 mois d'ancienneté dans l'entreprise.

Pour les ouvriers manuels, le minimum légal du préavis (98) est de :

5 jours pour une ancienneté entre 2 mois et 1 an;
8 jours pour une ancienneté entre 1 année et 2 ans;
15 jours pour une ancienneté entre 2 ans et 5 ans;
30 jours pour une ancienneté entre 5 ans et 10 ans.
60 jours pour une ancienneté supérieure à 10 ans.

Pour les employés, la durée du préavis légal s'échelonne comme suit (99) :

Ancienneté de 2 mois jusqu'à 1 an : 30 jours;
Ancienneté de 1 année jusqu'à 4 ans : 60 jours;
Ancienneté de 4 ans jusqu'à 6 ans : 3 mois;
Ancienneté de 6 ans jusqu'à 8 ans : 4 mois;
Ancienneté de 8 ans jusqu'à 10 ans : 5 mois.

Après une ancienneté de 10 ans, on doit ajouter 30 jours pour chaque année d'ancienneté. C'est-à-dire que si l'employé a une ancienneté de 10 ans, la durée du préavis est de 6 mois, si son ancienneté est de 11 ans, la durée du préavis est de 7 mois et ainsi de suite. Mais la durée du préavis ne peut dépasser les deux ans, indépendamment de l'ancienneté de l'employé.

L'employeur, pour procéder à un licenciement valable, doit donc *signifier le congé par écrit* et, *en même temps, verser l'indemnité de licenciement.* Si l'une de ces deux conditions fait défaut, le congédiement est nul. Nous examinerons ultérieurement les conséquences pratiques de cette nullité.

(98) Article 3, § 1 du décret royal des 16 et 18 juillet 1920.
(99) Article 1er de la loi n° 2112/1920.

L'indemnité de licenciement (100) est égale à la rémunération que le salarié aurait reçu s'il avait continué à travailler pendant le préavis (101). Pour surmonter les difficultés de calcul, la loi n° 3198/1955 (102) prescrit qu'il sera retenu comme base, la « rémunération ordinaire » du salarié, sous un régime supposé de plein emploi, pendant le mois précédant le congédiement.

On s'aperçoit par son mode de calcul que l'indemnité de licenciement est beaucoup plus importante pour les employés que pour les ouvriers manuels. Ceci résulte de la grande différence entre la durée des préavis respectifs. Bien entendu, les dérogations conventionnelles dans un sens favorable au salarié, quant à l'indemnité de licenciement, sont valables. Mais il existe une limite à l'indemnité de licenciement des *employés* (103). Elle résulte de l'exclusion du calcul de l'indemnité de la rémunération qui dépasse une certaine somme. On trouve cette somme-limite en multipliant par huit le salaire minimum de l'ouvrier manuel non qualifié (104) et en multipliant ensuite le résultat de cette multiplication par trente (105). L'article 5 de l'ordonnance n° 99/1967 vient d'abroger cette disposition. Il stipule que l'indemnité de licenciement d'un employé ne peut, en aucun cas, dépasser la somme de 240.000 drachmes (8.000 dollars U.S.A.). Toutefois, l'article 2 de l'ordonnance n° 173/1967 limite la portée du précédent article 5 de l'ordonnance n° 99/1967 aux seuls salariés travaillants dans des entreprises publiques ou semi-publiques. Pour les autres catégories de salariés, le régime antérieur et plus favorable de l'article 5, § 1,de la loi n° 3198/1955 reste donc applicable.

Si le licencié est un ouvrier manuel, il a droit à l'ensemble de l'indemnité de licenciement indépendamment de l'observation ou de l'inobservation du préavis par l'employeur. En pratique, l'employeur a intérêt à licencier son ouvrier sans préavis en lui versant au moment du congé l'indemnité de licenciement (106).

S'il s'agit d'un employé, il peut être licencié avec dispense du préavis, mais son employeur doit lui verser l'indemnité de licenciement. Toutefois, si l'employeur préfère observer le préavis, il ne

(100) Agraphiotis, L'institution de l'indemnité d'ancienneté et son application en droit hellénique, E.E.D. 1964, p. 1281 et s.

(101) Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 374 et s.; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 342.

(102) Article 5.

(103) Article 5, § 1 de la loi n° 3198/1955.

(104) Notion correspondant au S.M.I.G. en France.

(105) Agallopoulos, *op. cit.*, p. 345; note de la rédaction, *in* E.E.D. 1965, p. 815.

(106) Capodistrias, Ermak, introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 55 et s.

doit que la moitié de cette indemnité (107). Si le montant de l'indemnité de licenciement dépasse une somme égale à la rémunération de six mois, des facilités de paiement sont accordées à l'employeur (108).

En présence d'une réglementation aussi détaillée, le contrôle judiciaire porte plutôt sur des problèmes pratiques. Néanmoins, les problèmes que pose cette législation au juge sont multiples et variés. Nous n'examinerons ici que la tâche principale du juge en cette matière : *la fixation dans chaque cas déterminé de l'importance de l'indemnité de licenciement due au salarié licencié.*

Le juge doit, d'une part, fixer *la durée du préavis* à laquelle le salarié a droit et, d'autre part, déterminer la « *rémunération ordinaire* » du salarié servant de base de calcul à son indemnité de licenciement. A partir de ces deux éléments, il détermine, à l'aide de simples opérations mathématiques, l'importance de la somme due au titre de l'indemnité de licenciement. Nous rappelons que le versement de cette indemnité lors du congé est prescrit à peine de nullité (109).

La fixation de la durée du préavis dépend de deux facteurs principaux : d'une part, *la qualification professionnelle du salarié et surtout sa qualification d'ouvrier manuel ou d'employé, et, d'autre part, l'ancienneté de services au sein de l'entreprise.* En conséquence, le contrôle judiciaire est caractérisé principalement par les problèmes posés par ces deux facteurs.

L'appartenance du salarié à une catégorie professionnelle sera appréciée par le juge. Mais le litige qui se présente très fréquemment à lui porte sur le point de savoir si le salarié sera qualifié d'employé ou d'ouvrier manuel. Nous avons constaté que la différence, en ce qui concerne la durée du préavis, est très considérable entre les deux catégories. La loi (110) considère comme employé, tout salarié fournissant un travail d'un caractère *exclusivement ou principalement non manuel.* Cette distinction délicate est source de nombreux conflits. C'est le juge qui appréciera le caractère du travail fourni par le salarié et le qualifiera, en conséquence, d'ouvrier manuel ou employé. Les difficultés sont grandes si le travail fourni présente des aspects à la fois manuels et non manuels. Cette situation est fréquente en raison du développement technique. Ici, le juge appréciera lequel de deux caractères est prépondérant. Si c'est le caractère manuel, le

(107) CAPODISTRIAS, *op. cit.*, n° 37 et s.; l'article 5 de l'ordonnance n° 99/1967, qui avait réduit de moitié cette somme, vient d'être abrogé par l'article 2 de l'ordonnance n° 173/1967.

(108) CAPODISTRIAS, *op. cit.*, n° 40.

(109) A.P. n° 103/1966, E.E.D. 1966, p. 476; 559/1960, E.E.D. 1961, p. 92; 545/1958, E.E.D. 1958, p. 739; 248/1958, E.E.D. 1958, p. 513.

(110) Article 1er du décret législatif n° 2655/1953.

salarié sera qualifié d'ouvrier. Dans le cas contraire, il sera qualifié d'employé (111).

La durée du préavis dépend également de *l'ancienneté* du salarié dans l'entreprise. La modification intervenue dans la personne de l'employeur n'a pas d'influence quant au calcul de l'ancienneté des salariés de l'entreprise (112). La jurisprudence a été préoccupée par le problème de savoir si le temps passé à l'entreprise sous la qualification d'ouvrier manuel devait entrer en ligne de compte pour le calcul de l'ancienneté de ce salarié devenu par la suite employé. La jurisprudence a estimé finalement, après avoir été d'un avis contraire (113) que la promotion du salarié ne devait pas lui porter préjudice sur le plan de l'ancienneté. Par conséquent, le temps qu'il a travaillé comme ouvrier doit être pris en considération pour le calcul de son ancienneté si, par la suite, il est devenu employé, à condition que ses services soient continus. Cette jurisprudence a été consacrée par un arrêt des Chambres réunies de l'Aréopage (114) suivi de décisions ultérieures de la Cour suprême et des juges du fond (115).

La durée du préavis dû ainsi déterminée, le juge doit fixer ensuite la « rémunération ordinaire » du salarié qui doit servir de base de calcul à son indemnité de licenciement. L'article 5, § 1, de la loi n° 3198/1955 stipule que le calcul de l'indemnité se fait sur la base de la rémunération ordinaire du salarié pendant le dernier mois sous un régime supposé de plein emploi. Cette disposition est l'objet d'une

(111) A.P. n° 509/1967, E.E.D. 1967, p. 1510; 64/1967, E.E.D. 1967, p. 500; 632/1966, E.E.D. 1967, p. 164; 395/1966, E.E.D. 1966, p. 1252; 160/1966, E.E.D. 1966, p. 812; 59/1966, E.E.D. 1966, p. 720; 444/1965, E.E.D. 1965, p. 1504; 240/1965, E.E.D. 1965, p. 1044; 215/1964, E.E.D. 1964, p. 728; 180/1963, E.E.D. 1963, p. 617; 126/1963, E.E.D. 1963, p. 493; adde, T. Mitsou, La différenciation entre les diverses catégories de travailleurs en Grèce, Rapport national au Congrès international de droit du travail et de sécurité sociale, Stockholm 1966, Rapports nationaux, tome II, n° 13, éd. Almqwist-Wiksell, Uppsala 1966; le texte de ce rapport en langue grecque a été publié *in* E.E.D. 1967, pp. 337 et s., 410 et s., 467 et s.; Kassimos, La qualification des salariés comme employés ou comme ouvriers manuels, E.E.D. 1963, p. 593; Toussis-Stavropoulos, *op. cit.*, pp. 97 et 100, note 4.

(112) Capodistrias, *op. cit.*, n° 37.

(113) A.P. n° 275/1960, E.E.D. 1960, p. 712; 745/1958, E.E.D. 1958, p. 1284; 246/1958, p. 515; 363/1957, E.E.D. 1957, p. 714; 244/1955, E.E.D. 1955, p. 523.

(114) N° 575/1960, E.E.D. 1961, p. 35.

(115) A.P. n° 542/1962, E.E.D. 1962, p. 1422; 236/1962, E.E.D .1962, p. 729; 258/1962, E.E.D. 1962, p. 660; 671/1961, E.E.D. 1962, p. 153; 588/1961, E.E.D. 1961, p. 1507; 574/1961, E.E.D. 1961, p. 1502; 421/1961, E.E.D. 1961, p. 916; Capodistrias, Interprétation du droit du travail, 1937, § 425, p. 418 et s.; Skinas, Les effets juridiques du changement de la nature du travail, E.E.D. 1964, p. 325 et s.; Stavropoulos, L'indemnité de licenciement d'un ouvrier ayant une ancienneté d'employé, E.E.D. 1962, p. 897 et s.; Kalomiris, L'ancienneté d'un employé comme ouvrier manuel pour le calcul de l'indemnité de licenciement de la loi n° 2112/1920, E.E.D. 1960, p. 697 et s.; Aïdinis, Le congédiement d'un employé ayant une ancienneté d'ouvrier, E.E.D. 1966, p. 1348 et s.

jurisprudence très importante en pratique, car les litiges à son sujet sont très nombreux.

En effet, l'importance de la somme due au salarié à titre d'indemnité de licenciement dépend directement de la détermination de sa base de calcul fixée par l'article 5, § 1, de la loi n° 3198/1955. En fait, le travail du juge se résume, en cette matière, *à apprécier si les diverses sommes perçues en contrepartie ou à l'occasion du travail fourni entrent en ligne de compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement.* On pourrait dire qu'ici le juge ne s'occupe pas directement de contrôle du licenciement mais, *à l'occasion de celui-ci,* s'occupe d'autres problèmes du droit du travail, tel le problème de la notion du salaire.

Toutefois, la détermination de la somme exacte due à titre d'indemnité de licenciement a une incidence directe sur la validité du licenciement lui-même. Si l'employeur verse une somme inférieure à celle qui est réellement due, le licenciement est nul. La solution de ces problèmes ne concerne donc pas seulement le contrôle judiciaire de la notion de salaire mais a une relation avec le contrôle judiciaire du licenciement.

En somme, pour déterminer la base de calcul de l'indemnité de licenciement, le juge doit décider, chaque fois, si une prime, une indemnité, une gratification ou une somme perçue à titre de pourboire, une prestation en nature et, en général, toute prestation fournie en contrepartie ou à l'occasion du travail entrent en ligne de compte pour le calcul de l'indemnité du licenciement (116).

Nous avons signalé auparavant que le non-paiement de l'indemnité de licenciement ou le versement, à ce titre, d'une somme inférieure à celle réellement due entraîne la nullité du congédiement (117). Mais en réalité, en raison de la complexité de son calcul, un employeur pourrait, en toute bonne foi, verser lors du congé une somme inférieure à celle réellement due. Sanctionner cet employeur comme celui qui omet de payer l'indemnité ou verse sciemment une somme inférieure, est apparu comme injuste aux yeux de la jurisprudence. Pour cette raison, une jurisprudence constante considère que le versement d'une indemnité inférieure, fait en raison de doutes légitimes et

(116) A.P. n° 376/1966, E.E.D. 1966, p. 1045; 337/1966, E.E.D. 1966, p. 864; 326/1966, E.E.D. 1966, p. 859; 461/1965, E.E.D. 1965, p. 1359; 216/1964, E.E.D. 1964, p. 460; 443/1963, E.E.D. 1963, p. 930; 571/1961, E.E.D. 1961, p. 1456; 3/1961, E.E.D. 1961, p. 207; 50/1960, E.E.D. 1960, p. 204; 729/1954, E.E.D. 1965, p. 13; Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 376, 377 et s., note 43; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 344 et s.; notes de la rédaction *in* E.E.D. 1965, p. 361 et E.E.D. 1964, p. 814.

(117) Article 5, § 3 de la loi n° 3198/1955, A.P. n° 306/1966, E.E.D. 1966, p. 916; 103/1966, E.E.D. 1966, p. 476; 248/1962, E.E.D. 1962, p. 662; 3/1961, E.E.D. 1961, p. 207.

logiquement fondés de l'employeur au sujet de l'importance de l'indemnité, n'entraîne pas la nullité du congé (118). Cette solution est dictée par le principe de l'équité, principe qui inspire constamment la jurisprudence de l'Aréopage.

Après avoir évoqué le contrôle du juge concernant l'observation du préavis, nous allons aborder son intervention au sujet des autres conditions extrinsèques auxquelles le licenciement est éventuellement soumis.

Sous-section 2.

L'INTERVENTION DU JUGE AU SUJET DES LIMITATIONS COMPLEMENTAIRES AUXQUELLES LE LICENCIEMENT EST EVENTUELLEMENT SOUMIS

L'observation d'un délai de préavis constitue une obligation légale pour l'employeur qui veut procéder à un licenciement. Mais il est courant que ce dernier soit soumis à d'autres conditions de source conventionnelle. En outre, la loi attribue un rôle particulier soit à l'administration (inspection du travail, en France), soit au Conseil d'entreprise (Allemagne). D'autres conditions spécifiques trouvent leur source dans la convention collective ou dans le contrat individuel de travail.

L'existence de ces conditions ainsi que leur application pose des problèmes multiples que nous n'allons pas examiner ici. Nous envisagerons seulement ces limitations sous l'angle du contrôle judiciaire du licenciement. A cette fin, nous aborderons en premier lieu, les limitations de source conventionnelle et en second lieu, les limitations de source légale.

A. — Les limitations de source conventionnelle.

Ces limitations sont de nature diverse. Elles imposent à l'employeur l'audition de l'ouvrier intéressé, seul ou avec la faculté de se faire assister d'un délégué du personnel, la consultation du comité d'entreprise ou l'avis d'un conseil de discipline. Habituellement, ces

(118) A.P. n° 316/1967, E.E.D. 1967, p. 885; 88/1967, E.E.D. 1967, p. 483; 291/1966, E.E.D. 1966, p. 857; 274/1962, E.E.D. 1962, p. 658; 100/1962, E.E.D. 1962, p. 337; 571/1961, E.E.D. 1961, p. 1456; 308/1961, E.E.D. 1961, p. 985; 421/1961, E.E.D. 1961, p. 916; 559/1960, E.E.D. 1961, p. 92; 218/1960, E.E.D. 1960, p. 637; 18/1960, E.E.D. 1960, p. 586; 16/1960, E.E.D. 1960, p. 143; Agallopoulos, *op. cit.*, p. 325; Capodistrias, Ermak, introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 44.

formalités doivent être observées avant le licenciement. Dans leur majorité, elles trouvent leur source dans la convention collective mais, parfois, dans le règlement intérieur ou le contrat individuel de travail. Dans ce dernier cas, le juge interprétera souverainement la clause du contrat individuel, la Cour de cassation n'exerçant son contrôle qu'en cas de dénaturation (119).

En présence de telles formes, le problème se pose de savoir quelle est leur incidence sur le licenciement en cas de non-observation par l'employeur. Il appartient aux auteurs des textes qui ont donné naissance à ces formalités d'apporter une réponse au problème posé. Lorsqu'ils le font, le juge n'a qu'à appliquer les sanctions prévues. Mais, la plupart du temps, il n'existe pas de dispositions appropriées. Les conventions collectives se bornent à imposer des formes au licenciement sans édicter des sanctions en cas de non-observation. Il appartient donc au juge de combler cette lacune.

D'une manière générale la jurisprudence française envisage cette question sur la base des principes de la responsabilité civile. Elle considère la violation des conditions de forme comme une faute qui peut donner lieu à une action en dommages-intérêts si le salarié établit l'existence d'un préjudice causé par la non-observation des formalités.

La Chambre sociale de la Cour de cassation estime que lorsque la violation des formes d'un licenciement n'entraîne pas de préjudice, elle ne peut pas servir de base à une action en dommages-intérêts pour rupture abusive (120). De même, la Cour d'appel de Colmar a estimé qu'un licenciement justifié au fond mais irrégulier en la forme avait un caractère abusif mais ne pouvait donner lieu qu'à des dommages-intérêts de principe (121). Dans ce sens, on trouve également un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 5 mai 1961 (122). Un licenciement justifié fait dans des conditions de forme irrégulières ne peut donner lieu qu'à une condamnation à des dommages-intérêts « symboliques ». Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence a décidé (123) qu'un salarié ne pouvait se prévaloir d'aucun préjudice résultant de la violation des formes du licenciement imposées par la convention collective, car il avait commis des fautes d'une « lourde gravité » qui rendaient impossible, de son chef, la continuation du contrat de travail.

(119) Cass. soc. 17 novembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 754; 25 janvier 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 56.

(120) Cass. soc. 17 avril 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 243; Inf. Chef d'Entr. 1964.724.

(121) Colmar, 30 avril 1964, Rev. Als.-Lorr. 1964, p. 157.

(122) Bull. civ. 1961, IV, p. 386.

(123) Cass. soc. 7 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p.532; Inf. Chef d'Entr. 1965.495; Dr. soc. 1965.108.

Parfois, la jurisprudence a adopté une autre position, notamment en l'absence de faute du salarié licencié. La Cour de cassation a cassé à deux reprises (124) des jugements ayant débouté des salariés de leur demande en dommages-intérêts pour rupture abusive de leur contrat de travail, alors que ces ruptures étaient intervenues sans l'observation des formalités imposées par la convention collective. Il s'agissait en l'occurrence des clauses imposant l'audition, préalable à toute mesure de licenciement, du salarié intéressé.

Ces décisions ne sont pas en contradiction avec la jurisprudence précédemment rapportée. En effet la position de la jurisprudence paraît être la suivante : *La violation des formalités conventionnelles du licenciement peut donner lieu à des dommages-intérêts pour rupture abusive. Néanmoins, ces dommages-intérêts ne sont que « symboliques » dans le cas où l'intéressé n'établit pas l'existence d'un préjudice distinct résultant de la violation de ces formalités.*

La jurisprudence envisage d'une façon aussi « libérale » la question de *l'observation effective* des formalités de licenciement. Dans une décision de la Chambre sociale du 15 février 1965 (125) il était question de l'application de la clause d'une convention collective imposant à l'employeur, avant de procéder à un licenciement, *de convoquer* l'intéressé pour lui *signifier* cette décision, afin de lui permettre de formuler ses observations dans un délai de 3 jours. La Cour suprême a considéré que cette clause avait été respectée, dès lors que le salarié avisé de sa rétrogradation en raison de fautes non contestées avait, plusieurs semaines plus tard, déclaré ne pas l'accepter et se considérer comme licencié, ce qui lui avait laissé un délai suffisant pour formuler ses observations.

Dans une autre espèce (126), la convention collective prévoyait qu'aucune décision de renvoi ne pouvait être prise sans que l'intéressé ait été entendu, avec la faculté de se faire assister par un délégué du personnel. La Cour suprême a estimé que cette formalité avait été remplie dès lors que l'élection des délégués du personnel n'avait pas pu avoir lieu faute de candidats et que le salarié en question, averti de vive voix de son licenciement, en même temps que lui était remise la lettre de licenciement, n'avait pas fait valoir d'objection, comme il lui était possible et permis de le faire.

Dans un troisième espèce (127) la Cour suprême a estimé qu'une Cour d'appel ne saurait déclarer abusif le congédiement d'un employé

(124) Cass. soc. 8 mai 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 312; 29 janvier 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 61.
(125) Bull. civ. 1965, IV, p. 114.
(126) Cass. soc. 10 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 169.
(127) Cass. soc. 3 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 690.

en raison de la transgression des dispositions de la convention collective qui prévoyaient son audition préalable, tout en relevant que l'intéressé était encore absent à la date du licenciement, ce qui ne permettait pas de l'entendre.

Lorsqu'une disposition conventionnelle oblige l'employeur à demander l'avis d'un organe paritaire (conseil de discipline ou autre) avant de procéder à un licenciement, le problème se pose de savoir quels sont les rapports entre cette juridiction disciplinaire et le juge du travail en matière de contrôle du licenciement. En règle générale et sauf convention contraire l'avis du conseil de discipline sur la sanction à appliquer ne s'impose pas à l'employeur, et celui-ci peut passer outre. En ce cas, il appartient au juge du travail d'apprécier si le licenciement se trouve justifié (128). La Cour suprême estime par ailleurs, que les limitations apportées au droit de l'employeur de rompre unilatéralement le contrat de travail, par l'institution d'un conseil de discipline prévue par la convention collective, demeurent étrangères à la demande en résolution judiciaire du contrat introduite en vertu de l'article 1184 du Code civil (129). En somme, le juge du travail est indépendant des avis émis par ces organes lorsqu'il exerce son contrôle sur le licenciement (130).

L'ensemble de cette jurisprudence concernant l'interprétation et l'application des formalités de licenciement de source conventionnelle est caractérisé par la façon très libérale avec laquelle elle traite ces questions. On peut trouver la source de ce libéralisme à la méfiance profonde de la jurisprudence française à l'égard du formalisme en général. Mais il faut bien signaler que les formes imposées au licenciement remplissent une fonction tout à fait différente des formes imposées à un acte juridique quelconque. Elles visent à remplir des buts sociaux divers dictés par l'état réel de la condition matérielle et intellectuelle de l'ensemble des salariés. Etre libéral envers ces formalités ne signifie point être juste et équitable. Il signifie plutôt appliquer le droit du travail avec un esprit civiliste de moins en moins conciliable avec la spécificité et la fonction de ses dispositions.

En droit allemand, le problème s'est posé de savoir si le droit de congédiement pouvait être soumis à des restrictions supplémentaires hors celles instituées par la loi du 10 août 1951 (KSchG). Il s'agissait notamment de savoir si une convention collective ou un accord d'entreprise pouvait rendre obligatoire la consultation préalable du conseil d'entreprise pour chaque licenciement.

(128) Cass. soc. 10 octobre 1958, J.C.P. 1959.II.10984 *bis*.
(129) Cass. soc. 29 mars 1960, J.C.P. 1960.II.11776, note G.-H. Camerlynck.
(130) Cass. soc. 26 novembre 1948, Dr. sos. 1949.188, note P. Hebraud; 8 décembre 1965, Dr. soc. 1966.630, note P. Hebraud.

La réponse à cette question diffère suivant qu'il s'agit d'un licenciement extraordinaire ou ordinaire.

Le droit de procéder à un licenciement extraordinaire ne peut être restreint que par une disposition légale. Des restrictions conventionnelles ne sont pas possibles. Une disposition faisant dépendre la validité du congédiement extraordinaire de la consultation préalable ou de l'assentiment du conseil d'entreprise est considérée comme une restriction prohibée; elle ne peut donc pas être imposée par une convention collective ou un accord d'entreprise (131). Toutefois, la jurisprudence allemande semble vouloir introduire des exceptions à cette règle (132). Nous envisagerons de plus près ce problème quand nous aborderons le contrôle judiciaire du licenciement sanctionnateur.

Au contraire, le droit de procéder à un licenciement ordinaire peut être soumis à des restrictions supplémentaires et même être exclu (133). En ce qui concerne l'obligation d'une consultation préalable du conseil d'entreprise imposée à l'employeur, Hueck pense qu'elle peut être élargie par une convention collective (134) mais non par un accord d'entreprise (135). Mais cette opinion n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine allemande (136).

B. — Les limitations de source légale.

Il s'agit essentiellement de deux obligations de nature différente imposées à l'employeur avant tout licenciement. Elles sont en vigueur l'une en France l'autre en Allemagne. Le droit allemand attribue au conseil d'entreprise un rôle, important en pratique, en matière de licenciement. Le droit français impose à l'employeur de demander l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail avant tout licenciement et, s'il s'agit d'un licenciement collectif, de saisir le comité d'entreprise.

Ces obligations présentent plusieurs points communs. *Elles sont, tout d'abord, préalables au licenciement, elles trouvent leur source*

(131) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, p. 34 et la bibliographie citée; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 597; Herschel, Beschränkung der Befugnis zur ausserordentliche Kündigung, Festschrift für A. Nikisch, 1958, p. 49 et s.; Hilger, Die beteiligung des Betriebsrats bei fristlosen Entlassungen Kraft Betriebsvereinbarung, RdA, 1957, p. 161 et s.

(132) Hueck, *op.* et *loc. cit.* et la jurisprudence citée

(133) Hueck, *op.* et *loc. cit.*

(134) Hueck, *op.* et *loc. cit.* adde, Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2e éd. 1954, p. 361.

(135) Hueck, *op. cit* p. 35 et la jurisprudence citée.

(136) Dietz, Betriebsverfassungsgesetz, 4e éd. 1967, § 66, notes 12 et s., p. 829 et s.; Erdmann, Das Betriebsverfassungsgesetz, 2e éd. 1954, § 90, p. 403 et s.; Siebert, Beiträge zum System des geltenden Arbeitsrechts, RdA, 1959, p. 172; Schlessmann, Kündigungsschutzgesetz und Betriebsvereinbarung, RdA, 1952, p. 170.

dans des dispositions légales et elles sont applicables tant au licenciement sanctionnateur qu'au licenciement libérateur. Leur différence fondamentale vient de ce que les organes qu'elles font intervenir sont de nature différente : l'Administration en France, le conseil d'entreprise en Allemagne. Outre ces obligations, tant le droit allemand que le droit français attribuent un rôle important à l'Administration en ce qui concerne les licenciements collectifs.

a) La consultation préalable du conseil d'entreprise en droit allemand.

Le § 66,1 du Betriebsverfassungsgesetz impose la consultation, préalable à tout licenciement, du conseil d'entreprise (Betriebsrat). Cette règle s'applique à toutes les entreprises employant plus de 20 salariés ayant droit de vote aux élections dans l'entreprise.

Le § 2 du Kündigungsschutzgesetz stipule que le salarié estimant son licenciement antisocial peut élever, dans un délai d'une semaine, une contestation auprès du conseil d'entreprise. Si le conseil estime la contestation fondée, il entame une procédure de médiation. Le conseil doit, sur demande des parties, leur adresser par écrit sa prise de position au sujet du conflit. Dans cette procédure, le conseil d'entreprise se borne à un rôle de médiateur sans aucun pouvoir de décision. Son appréciation, formulée par écrit sur demande des intéressés, ne constitue pas une décision. D'une manière générale, la fonction de médiation du conseil est facultative et non obligatoire (137). Cette fonction de médiation facultative prévue par la loi du 10 août 1951 (KSchG), se distingue clairement de l'obligation de consultation préalable du même conseil d'entreprise imposée à l'employeur par le § 66,1 du Betriebsverfassungsgesetz.

La signification juridique de l'obligation de consultation préalable du conseil d'entreprise avant tout licenciement est très contestée en Allemagne. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence voit dans cette obligation de l'employeur *une condition supplémentaire de la validité du congé.* Autrement dit, le congé donné sans la consultation préalable du Betriebsrat est nul et le salarié licencié peut se prévaloir sans restriction de cette nullité (138).

Mais l'opinion prépondérante est que le § 66,1 du BetrVG est une disposition du droit d'organisation de l'entreprise et concerne les

(137) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 2, p. 98 et s.

(138) Reinhardt, Die Nichtanhörung des Betriebsrats, Festschrift für A. Nikisch, 1958, p. 109 et s.; Reuss, Die Nichtigkeit der ohne Anhörung des Betriebsrats erfolgten Kündigung, RdA, 1954, p. 56 et s.; du même ateur, Zur Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, RdA, 1963, p. 51; avec certaines nuances, Siebert, Die Kündigung ohne Anhörung des Betriesrats, Festschrift für A. Nikisch, 1958, p. 140 et s.; adde, la bibliographie et la jurisprudence citée par Hueck, *op. cit.*, p. 25.

attributions du conseil d'entreprise sans affecter la validité du congé du point de vue du droit privé (139). Autrment dit, l'opinion dominante est que la disposition en question appartient, d'après son histoire et sa place dans le système juridique, au droit collectif du travail et non au droit individuel; elle détermine un devoir de l'employeur, fondé sur le droit d'organisation de l'entreprise, envers l'ensemble de ses salariés représentés par le conseil d'entreprise et ne constitue pas une condition de validité du congé du point de vue du droit privé (140).

Il ne découle pas de cette prise de position que le fait d'omettre de consulter au préalable le conseil d'entreprise soit dépourvu de conséquences vis-à-vis du contrôle judiciaire du licenciement. Le Tribunal Fédéral du Travail (Bundesarbeitsgericht) a introduit une nuance, très importante en pratique, dans sa position de principe sur la question. Par une jurisprudence constante (141) il énonce que l'employeur qui, contrairment à la disposition expresse du § 66,1 BetrVG et à son devoir d'assistance (Fürsorgepflicht) omet de consulter d'une façon *illégale, préméditée et coupable* (« *rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft* »), le conseil d'entreprise avant le licenciement, ne peut pas, pour répondre à l'action en protection du salarié licencié, prétendre que le licenciement était socialement justifié (donc valable) pour le raisons indiquées au § 1, n^{os} 2 et 3 du KSchG. Le licenciement doit donc être déclaré juridiquement non valable (rechtsunwirksam) en vertu du § 1, n° 1 du KSchG. En général, d'après cette jurisprudence, le salarié licencié lorsqu'il établira le caractère « illégal », « prémédité » et « coupable » de la non consultation préalable du conseil d'entreprise par l'emplayeur, fera accepter par le tribunal son action en protection fondée sur le § 3 du KSchG (142). Cette acceptation aura pour conséquence principale la reconnaissance du fait que la relation de travail n'a pas été rompue par le congé ainsi donné.

(139) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 647; Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 772; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2e éd. 1954, p. 361; Dietz, *op. cit.*, § 66, note 11, p. 820 et s.; Erdmann, *op. cit.*, § 66, I, p. 304 et s.; Hueck, Die Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung, RdA, 1953, p. 127 et s.; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, 1960, p. 547 et s.; adde, les indications bibliographiques et jurisprudentielles *in* Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, p. 26.

(140) § 66 Abs. 1 BetrVG, ist nach der Enstehungsgeschichte und nach seiner systematischen Stellung eine Vorschrift des Kollektivrechts und nicht des Individualrechts, er normiert eine betriebsverfassungsrechtliche Pflicht des Arbeitgebers gegenüber der durch den Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmerschaft, nicht aber eine privatrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung. Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, p. 26.

(141) Hueck, *op. cit.*, p. 27.

(142) Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 153.

Cette jurisprudence provoque une vive opposition dans la doctrine allemande tant en ce qui concerne la solution introduite que les multiples problèmes secondaires qu'elle pose. Hueck (143) invoque essentiellement deux arguments pour justifier la position de la haute juridiction du travail allemande. D'une part, les origines historiques de la disposition du § 66,1 du BetrVG et, d'autre part, un argument fondé sur la finalité de la loi du 10 août 1951 (KSchG). D'après cette loi, la justification sociale du licenciement dépend d'une appréciation globale et attentive de toutes les circonstances économiques et sociales qui l'entourent. C'est pour faciliter et rendre plus équitable cette appréciation que le § 66,1 du BetrVG prescrit la consultation préalable du conseil d'entreprise. En effet, cet organe est particulièrement compétent car il a une bonne connaissance des conditions économiques et sociales dans lesquelles évolue l'entreprise et jouit, en général, de la confiance du salarié. Comme le rappelle souvent le Bundesarbeitsgericht le salarié a, en conséquence, un vif intérêt à ce que cette consultation ait lieu à un moment où aucune décision n'a été prise et où il ne se trouve devant aucun fait accompli. En outre, l'employeur qui, sciemment et avec une préméditation coupable, n'observe pas la disposition du § 66,1 du BetrVG, méconnaît un devoir social et fait un usage antisocial de son droit au congédiement.

Cette jurisprudence de la Cour suprême du travail allemande est suivie, d'une manière générale, par les tribunaux inférieurs et par la majorité de la doctrine (144). Le fondement théorique de cette solution jurisprudentielle est combattu par les auteurs, précédemment cités, qui soutiennent que le § 66,1 du BetrVG est une condition de validité du congé. D'autres auteurs s'opposent à cette même solution jurisprudentielle pour des raisons diverses (145). Ont été également étudiées les possibilités de remédier aux conséquences de l'inobservation du § 66,1 BetrVG à la lumière des effets obligatoires, sur le plan matériel des tribunaux de travail (146).

Il faut signaler que cette solution *s'applique seulement au licenciement ordinaire*. Certes, la consultation préalable du conseil d'entreprise, est également requise en cas de licenciement extraordinaire.

(143) *Op.* et *loc. cit.*

(144) KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht, 5° éd. 1957, p. 233; HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7° éd. 1963, p. 647; ISELE, Reflexwirkungen der Betriebsverfassung im Individualbereich, RdA, 1962, p. 375; adde, La jurisprudence et la doctrine citées par HUECK *in* KSchG, 5° éd. 1965, p. 29.

(145) NIKISCH, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 773; HERSCHEL, commentaires de jurisprudence, *in* J.Z. 1954, p. 672; BÖTTICHER, Ein Vorschlag zur Sanktion des § 66 Abs. 1, BetrVG auf dem Boden des personellen Mitwirkungsrechts des Betriebsrats, RdA, 1962, p. 382.

(146) FELLER, Die Unterlassung der Anhörung des Betriebsrats nach § 66, 1 des BetrVG und ihre Heilung im hinblick auf die materielle Rechtskraft arbeitsgerichtlicher Urteile, J.Z. 1959, p. 564 et s.

Mais il ne faut pas oublier que ce dernier est justifié par l'existence d'une « cause sérieuse » sur laquelle l'omission de la consultation préalable du Betriebsrat ne peut influer. Telle est aujourd'hui, en Allemagne, l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence (147).

Nous venons d'évoquer brièvement le rôle du conseil d'entreprise en matière de licenciement et son incidence sur le contrôle judiciaire. De cet aperçu, deux observations se dégagent. En premier lieu, le Betriebsrat, pour formuler son avis sur un licenciement projeté par l'employeur ou sur une contestation du licenciement élevée par le salarié licencié, *doit examiner et apprécier tant la situation économique de l'entreprise et les problèmes techniques qui se posent à elle, que la faute éventuelle du salarié menacé, sa situation dans l'entreprise ou sa condition personnelle.* Cette dernière appréciation a un intérêt pratique considérable en Allemagne quand il s'agit d'apprécier le caractère antisocial d'un licenciement donné.

En second lieu, l'omission de la formalité de la consultation préalable du Betriebsrat a, en réalité, une incidence directe et importante sur le contrôle judiciaire du licenciement. Cette relation, qui repose sur une interprétation jurisprudentielle, a le grand mérite de donner un contenu concret à l'intervention du conseil d'entreprise vis-à-vis du licenciement libérateur. En ce qui concerne ce dernier, l'avis du Betriebsrat ne constitue pas une formalité dénuée de tout contenu réel mais elle constitue un important facteur de sécurité de l'emploi.

b) Le contrôle administratif du licenciement

Nous avons déjà signalé (148) que le contrôle judiciaire n'est pas le seul concevable en matière de licenciement. Il existe également un contrôle administratif. Après avoir sommairement décrit ce dernier contrôle, nous examinerons ses rapports avec le contrôle judiciaire du licenciement.

Le droit français prévoit une intervention plus large de l'Administration, en matière de licenciement. Il lui attribue un rôle considérable tant en ce qui concerne le licenciement individuel que le licenciement collectif. Au contraire l'Administration n'intervient en Allemagne qu'au sujet du licenciement collectif. Le licenciement individuel est soumis, en droit allemand, au contrôle du conseil d'entreprise que nous venons d'évoquer. Par ailleurs, des dispositions spéciales existent en ce qui concerne le licenciement des élus du

(147) Hueck, *op. cit.*, p. 30 et s., avec une analyse de la jurisprudence du BAG, nuancée sur ce point; adde, Hilger, Die Beteiligung des Betriebsrats bei fristlosen Entlassungen Kraft Betriebsvereinbarung, RdA, 1957, p. 161.

(148) *Supra* Introduction II.

personnel (149). Après avoir abordé le contrôle administratif du licenciement individuel nous examinerons le contrôle administratif du licenciement collectif.

I. — *Le contrôle administratif du licenciement individuel.*

L'article 9 de l'ordonnance du 24 mai 1945 et l'article 3 du décret du 23 août 1945 imposent à tout employeur des établissements industriels et commerciaux (150) qui désire licencier un salarié, l'obligation de demander l'autorisation préalable du service départemantal de la main-d'œuvre ou de sa section locale (151). Cette procédure doit être observée pour *tout licenciement.* La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que l'ordonnance du 24 mai 1945 et le décret du 23 août 1945 « ne contiennent aucune distinction suivant que les motifs allégués sont d'ordre économique ou suivant qu'ils concernent soit l'exécution du contrat de travail, soit l'attitude du salarié à l'intérieur de l'entreprise » et « que l'interdiction de licenciement sans l'autorisation préalable, qu'ils édictent, est générale et absolue » (152). Il ne nous appartient pas d'examiner cette obligation, la procédure qu'elle prévoit ni sa signification générale. Nous signalerons seulement les préoccupations de l'Administration dans l'exercice de son contrôle et les rapports de ce dernier avec le contrôle judiciaire du licenciement.

L'Administration, en exerçant un contrôle sur les licenciements, poursuit uniquement des *buts économiques.* Aucun but de protection du salarié ne doit s'introduire dans les appréciations de l'inspecteur du travail saisi de la demande d'autorisation d'un congédiement. Comme l'observe fort justement M. le professeur G. Levasseur (153) l'intention du législateur, instituant le contrôle administratif, a été de contrôler *les conséquences économiques* des licenciements et non *les causes* de ceux-ci. L'inspecteur du travail doit avoir à l'esprit la situation de l'emploi, la conjoncture économique et les besoins en main-d'œuvre qu'elle entraîne. *Le refus ou l'octroi de l'autorisation*

(149) Voir *infra* Section II.

(150) Arrêt du 6 octobre 1945.

(151) Durand et Vitu, tome II, n° 472 et s., p. 887 et s.; Brun et Galland, II-316 et s., p. 595 et s.; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, 1959, p. 241 et s.; J. Blaise, Réglementation du travail et de l'emploi, *in* Traité de droit du travail, tome III, 1966, n° 280 et s., p. 323 et s.; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 411 et s., p. 350 et s.; J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 4e éd. 1966, p. 513 et s.

(152) Cass. crim. 17 mars 1959, Bull. crim. 1959, p. 387; dans le même sens, Cass. crim. 8 janvier 1958, Bull. crim. 1958, p. 56; 27 juin 1956, Bull. crim. 1956, p. 925; J.C.P., 1956.II.9595; A. Brun, La jurisprudence en droit du travail, 1967, pp. 374 et 380; G. Levasseur, Examen critique de jurisprudence en matière sociale, Dr. soc. 1951.321; J. Blaise, *op. cit.*, n° 291, p. 336.

(153) *Op.* et *loc. cit.*

de licenciement doit se situer dans l'ensemble des mesures visant à favoriser, sur le plan de l'emploi, le développement économique.

Le Conseil d'Etat décide en conséquence de cette position de principe, que l'Administration ne peut refuser l'autorisation sollicitée que pour *des motifs d'ordre économique.* Elle ne peut pas apprécier le bien-fondé des motifs individuels, tels que la faute du salarié, allégués par l'employeur, sous peine de commettre un abus de pouvoir (154). Un problème délicat se pose dans la distinction des motifs économiques et des motifs individuels. Nous n'allons pas approfondir cette question car c'est à la jurisprudence administrative et, en particulier, au Conseil d'Etat, qu'il appartient de le résoudre (155).

Le problème des rapports entre le contrôle administratif et le contrôle judiciaire du licenciement (156) présente une importance pratique considérable. On aurait pu concevoir que l'autorisation préalable du service de la main-d'œuvre constitue une condition de la validité du licenciement prononcé (157). Les tribunaux de l'ordre judiciaire auraient pu alors tirer les conséquences civiles de l'omission de la demande d'autorisation ou du licenciement au mépris du refus d'une telle autorisation par l'Administration.

La Cour de cassation a adopté une solution opposée. En se fondant sur l'article 9 du décret du 23 août 1945 qui stipule que « les décisions prises par le Service de la main-d'œuvre... ne portent pas atteinte aux dispositions du droit commun qui régissent les rapports entre employeurs et salariés », elle décide que le licenciement non autorisé n'est pas nul et que le défaut d'autorisation ne suffit pas, à lui seul, à conférer un caractère abusif au licenciement (158). Bien entendu, le fait que le licenciement ait été autorisé n'exclut pas la possibilité qu'il soit ultérieurement qualifié d'abusif.

D'une façon générale, le contrôle judiciaire est indépendant du contrôle administratif du licenciement. Un licenciement peut être illicite au regard du contrôle judiciaire et licite du point de vue du contrôle administratif, ou inversement (159). Cette prise de position

(154) C.E. 18 juin 1947, Gaz Pal. 1947.1.282; Dr. soc. 1948, p. 231; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 413, p. 351; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, 1959, p. 248 et s.

(155) Voir à ce sujet les arrêts du Conseil d'Etat des 22 décembre 1950 et 2 mai 1962 rapportés par A. Brun, *op. cit.*, pp. 376 et 377, ainsi que les observations de l'auteur p. 382 et s. avec des nombreuses références à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

(156) Issele, Influence de l'autorisation administrative sur le contrat de travail, Gaz. Pal. 1948, Doct. p. 45.

(157) Brun, *op. cit.*, p. 381.

(158) Cass. soc. 12 décembre 1957, J.C.P. 1958.II.10483; Inf. Chef d'Entr. 1958.312; 5 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 150; Inf. Chef d'Entr. 1959.885; 20 novembre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 922; D. 1960, Somm. 56; 3 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 145; J.C.P., 1965, IV, p. 49.

(159) Brun et Galland, *op. cit.* II-319, p. 597.

jurisprudentielle a une incidence sur la détermination de la date de la rupture du contrat. Puisque l'autorisation administrative n'influe pas sur la validité du licenciement, c'est à partir de la date de la signification du congé et non à partir de la date de l'autorisation administrative que court le délai de préavis (160). Si donc ces deux dates ne coïncident pas, le salarié ne peut, entre elles, prétendre à des salaires (161).

On pourrait émettre des doutes quant à la nature des résultats pratiques auxquels conduit cette jurisprudence. Il semble assez curieux qu'une même action soit considérée, d'une part, comme illicite et sanctionnée pénalement et, d'autre part, qu'elle n'entraîne pas des conséquences sur le plan du droit civil. La jurisprudence estime que le défaut d'autorisation ne peut justifier des dommages-intérêts distincts de ceux alloués pour rupture abusive, lorsque la demande est fondée sur un renvoi illégal parce qu'effectué en violation de l'article 9 de l'ordonnance du 24 mai 1945 (162). Cette solution a rencontré une forte opposition de la part de la doctrine qui a déploré la tolérance de la jurisprudence envers de pratiques contraires aux lois (163). Malgré cette opposition, la jurisprudence se prononce constamment en faveur de la thèse de l'indépendance des contrôles administratif et judiciaire.

En Grèce, il n'existe pas un contrôle administratif ni un contrôle professionnel du licenciement individuel. L'employeur est seulement obligé de signaler le congé dans un délai de 8 jours à dater de celui de la signfication écrite qui en est faite au salarié. La déclaration doit être adressée au Service départemental d'emploi et d'assurance-chômage ainsi qu'au Bureau de placement. *La non-observation de cette obligation n'affecte pas la validité du congé mais elle constitue une infraction pénale* (164). L'employeur doit également déclarer le congé même en cas de nullité du contrat de travail (165).

Si on compare le contrôle administratif du licenciement individuel en France au contrôle exercé à cette fin par le conseil d'entreprise en Allemagne, on constate qu'ils diffèrent sur trois points essentiels.

(160) Cass. soc. 28 juin 1951, Bull. civ. 1951, IV, p. 371; 29 janvier 1954, Bull. civ. 1954, IV, p. 52.

(161) Cass. soc. 23 février 1950, Bull. civ. 1950, IV, p. 127.

(162) Cass. soc. 13 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 892; A. Brun, *op. cit.*, p. 382.

(163) Colliard, La stabilité de l'emploi et les autorisations administratives devant le contrôle juridictionnel, Dr. soc. 1951.237; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, 1959, p. 257; Levasseur, *op. cit.*, p. 321.

(164) Capodistrias, Ermak, Introduction aux commentaires des articles 669-678, n° 51.

(165) Caosdistrias, *op. cit.*, n° 82.

En premier lieu les organes exerçant ce contrôle sont d'une nature différente : l'Administration, en France, le conseil d'entreprise, c'est-à-drie un organe professionnel, en Allemagne. Cette différence de nature entre les organes chargés du contrôle ne peut qu'accentuer la différence de nature du contrôle lui-même. Le point de vue de l'Administration est certes très différent de celui d'un organe professionnel ayant une connaissance directe des problèmes particuliers, économiques et humains, de l'entreprise.

En second lieu, il y a une différence d'étendue entre les deux contrôles. L'inspecteur du travail ne doit pas avoir d'autres préoccupations qu'économiques. Le conseil d'entreprise, au contraire, n'est pas soumis à de semblables limitations. Il peut apprécier tant les motifs économiques que ceux d'ordre personnel. Par ailleurs, une fonction de médiation est assignée, en pratique, à ces deux organes.

En troisième lieu, les rapports entre ces deux sortes de contrôle et le contrôle judiciaire du licenciement sont envisagés différemment. Certes, sur le plan des principes, l'opinion dominante en Allemagne, malgré un fort courant opposé, considère que le contrôle du conseil d'entreprise est indépendant du contrôle judiciaire. Mais nous avons vu comment la jurisprudence allemande a atténué cette solution stricte en lui donnant une interprétation nuancée qui conduit à des solutions pratiques beaucoup moins absolues. En effet, la jurisprudence allemande lie directement l'omission « illégale », « préméditée » et « coupable » de la consultation préalable du conseil d'entreprise, à la validité, sur le plan civil, du congé donné. Ainsi l'employeur est contraint d'observer cette formalité car il risque de voir le juge déclarer nul le licenciement. Il a donc tout intérêt à observer la loi sur ce point. Ce résultat pratique n'est pas atteint en France en raison du fait que la jurisprudence s'en tient fermement à l'application du principe de l'indépendance complète entre le contrôle administratif et le contrôle judiciaire du licenciement.

II. — *Le contrôle administratif du licenciement collectif.*

Tant en droit français qu'en droit allemand, un contrôle spécial est prévu en cas de licenciement collectif. Ce contrôle est essentiellement un contrôle administratif malgré le rôle attribué au comité d'entreprise (France) et au conseil d'entreprise (Allemagne). Il est également préalable aux mesures de licenciements.

L'Administration, par cette intervention, vise à contrôler les conséquences économiques et sociales qu'entraîne le licenciement collectif sur le plan général. Ces préoccupations ne coïncident donc pas avec celles du contrôle judiciaire. D'où la question de savoir quels sont les

rapports du contrôle administratif du licenciement collectif avec le contrôle judiciaire.

Il faut signaler tout de suite que les droits français et allemand adoptent des opinions distinctes quant au concept même de « licenciement collectif ». Le droit français attribue ce qualificatif en fonction du motif de l'employeur. Le nombre des salariés licenciés est certes un facteur important mais non déterminant. Sont considérés comme licenciements collectifs ceux qui sont fondés sur un motif économique. Le licenciement d'un seul salarié peut être considéré comme « collectif » s'il est fondé sur le motif de « suppression d'emploi », motif de caractère économique (166).

Au contraire, le droit allemand attribue le qualificatif de « licenciement collectif » en fonction du pourcentage des salariés licenciés par rapport aux effectifs de l'entreprise (167). Est considéré comme collectif le licenciement à partir de 6 salariés pour une entreprise ayant entre 21 et 49 salariés; pour une entreprise ayant entre 50 et 499 salariés, le nombre doit être supérieur à 10 % des effectifs mais, de toute façon, un licenciement à compter de 26 salariés est toujours considéré comme collectif; pour les entreprises ayant 500 salariés ou plus, est qualifiée de collectif le licenciement à compter de 50 salariés (168).

Mais le droit allemand rejoint le droit français par un autre biais. La protection contre les licenciements collectifs (Küdigungsschutz bei Massenentlassungen) ne joue pas en cas de licenciement extraordinaire (169). En d'autres termes, cette protection s'applique seulement en cas de licenciement ordinaire, c'est-à-dire de licenciement fondé essentiellement sur des motifs économiques.

En définitive, tant en France qu'en Allemagne, la procédure de contrôle administratif s'applique à des licenciements fondés sur des motifs économiques. Mais le droit allemand ne considère comme collectifs que les licenciements dépassant un nombre fixé chaque fois en fonction de l'importance des effectifs de l'entreprise.

En ce qui concerne la France, l'employeur projetant un licenciement collectif doit demander au préalable l'autorisation du service départemental de la main-d'œuvre. Il doit également consulter le comité d'entreprise sur le licenciement collectif projeté. L'employeur n'est tenu que de « consulter » le comité d'entreprise et non de tenir

(166) J. Blaise, Réglementation du travail et de l'emploi, *in* Traité de droit du travail, tome III, 1966, n° 287, p. 330.

(167) § 15,1 KSchG.

(168) Hueck-Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, p. 132.

(169) § 15,2 KSchG.

compte obligatoirement de son avis (170). Mais la jurisprudence considère que cette consultation obligatoire porte sur le principe du licenciement collectif et non sur la liste des salariés dont le licenciement est envisagé (171).

Le service départemental de la main-d'œuvre doit examiner la demande en considération, d'une part, des facteurs économiques propres à l'entreprise et, d'autre part, de la situation de l'emploi dans son ressort. Il doit vérifier le bien-fondé du motif économique invoqué et s'assurer que le comité d'entreprise a été effectivement consulté. Enfin, à supposer que le règlement intérieur ait prévu un ordre des licenciements, l'inspecteur du travail doit vérifier que cet ordre a été observé. La question de l'observation d'un ordre de licenciements lors du licenciement collectif sera examiné dans le chapitre suivant, consacré aux conditions de fond du licenciement libérateur, en raison surtout de son importance en droit allemand. Nous n'insisteront pas sur le rôle et le point de vue de l'Administration lorsqu'elle intervient à l'occasion d'un licenciement collectif (172).

Ce qu'il faut retenir c'est que la jurisprudence française applique la règle de l'indépendance entre le contrôle judiciaire et le contrôle administratif des licenciements à l'autorisation administrative nécessaire pour le licenciement collectif. En conséquence, les salariés compris dans un licenciement collectif fait sans autorisation du service départemental de la main-d'œuvre ne peuvent ni attaquer la validité de leur licenciement ni demander des dommages-intérêts pour rupture abusive en se fondant sur ce défaut d'autorisation. Seule une sanction pénale menace l'employeur. Il n'y a pas de conséquences civiles sur les rapports entre employeur et salarié. Le défaut d'autorisation administrative n'a donc aucune influence sur le contrôle judiciaire du licenciement (173). A vrai dire, il n'y a pas de contrôle judiciaire du licenciement collectif en tant que tel. *Le juge n'a pas à statuer globalement sur tous les licenciements qui composent un licenciement collectif, mais il doit contrôler chaque licenciement séparément.*

Dès l'approche du même problème en droit allemand, une différence importante est aussitôt perceptible. Tandis que le contrôle administratif en droit français est institué par l'ordonnance du 24 mai 1945, ce même contrôle, en droit allemand, est l'objet du

(170) Cass. soc. 20 novembre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 922; Inf. Chef d'Entr. 1960.464.

(171) Cass. soc. 20 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 668; D. 1964.139, note G. Lyon-Caen; 7 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 532; J.C.P., 1965.II.14031, note G.H.C.; 1er juin 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 356; J.C.P. 1965.IV.98; Dr. soc. 1965.563.

(172) Voir, à ce sujet, l'importante circulaire ministérielle T.M.O. 24/62 du 7 novembre 1962; adde, J. Blaise, *op. cit.*, n° 287, p. 330 et s.

(173) J. Blaise, *op. cit.*, n° 292, p. 336 et s.

troisième chapitre (§ 15-20) de la loi du 10 août 1951 (KSchG) portant le titre significatif de « protection contre les licenciements collectifs » (Kündigungsschutz bei Massenentlassungen). L'ordonnance du 24 mai 1945 institue un contrôle en matière d'emploi pour satisfaire à une finalité économique. Au contraire la loi du 10 août 1951 (KSchG), comme son titre l'indique, institue un ensemble de mesures de protection du salarié contre le licenciement. Cette différence de sources, qui est une différence de nature même, explique les régimes différents qui existent en droit français et allemand quant aux rapports entre le contrôle administratif et le contrôle judiciaire du licenciement collectif tel qu'il se présente en droit allemand (174).

La procédure de contrôle doit être observée si deux conditions sont réunis. La première concerne le dépassement d'un nombre minimum de licenciements en rapport avec les effectifs de l'entreprise. La seconde condition est que ces licenciements aient lieux dans une période inférieure à quatre semaines (175).

Si ces deux conditions sont réunies l'employeur doit faire une déclaration écrite au service du travail compétent (Landesarbeitsamt). Une déclaration orale ou téléphonique ne suffit pas. Par contre, la déclaration peut être faite valablement par télégramme à condition que celui-ci porte à la fin le nom et l'adresse de l'employeur (176). En ce qui concerne le contenu de cette déclaration, il n'existe pas de règles précises. En fonction de sa finalité, la déclaration doit contenir des indications sur les effectifs de l'entreprise, *les motifs* des licenciements ainsi que la qualification professionnelle des salariés dont le licenciement est projeté. La jurisprudence estime qu'il est certes souhaitable que les noms des salariés qui doivent être licenciés figurent dans la déclaration mais que l'absence d'une telle liste n'en affecte pas la validité (177).

L'employeur doit joindre l'avis du conseil d'entreprise. D'après le § 66,2 BetrVG, l'employeur a obligation de s'entretenir avec le conseil d'entreprise d'un licenciement collectif projeté ainsi que des mesures à prendre pour adoucir ses conséquences. L'employeur peut exiger que le conseil d'entreprise formule par écrit ses observations ; c'est ce document que l'employeur doit joindre à sa propre déclaration. *Si la prise de position du conseil d'entreprise fait défaut, la déclaration*

(174) Pour plus de précision, voir J. Bellinghausen, Der Massenentlassungsschutz nach dem Kündigungsschutz - und dem Betriebsverfassungsgesetz, thèse, Cologne, 1964.

(175) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 15, n° 1, p. 213.

(176) Hueck, *op. cit.*, n° 18, p. 221 avec des références en doctrine et en jurisprudence.

(177) Hueck, *op. cit.*, n° 19, p. 222.

n'est pas valable (178). Bien entendu, l'employeur doit faire la déclaration *avant les licenciements.*

La déclaration en question fait courir un délai d'un mois (Sperrfrist), qui peut être porté par le Service du Travail à deux mois. Pendant ce délai, point important, l'employeur ne peut procéder à aucun licenciement sans l'autorisation du Landesarbeitsamt. Autrement dit, *la validité du licenciement pendant cette période est conditionnée par l'autorisation du Service du Travail.* Nous allons voir par la suite quelles sont les conséquences, sur le plan du droit civil, d'un défaut de validité. Par ailleurs, le Service peut autoriser, pendant ce délai, une partie des licenciements ou subordonner leur réalisation à des conditions particulières tel que le paiement d'une indemnité (179).

Il faut signaler que les § 15-20 concernant la protection contre le licenciement collectif sont « *jus cogens* ». La protection qu'ils instituent ne peut donc être exclue ou restreinte par une convention collective, un accord d'entreprise ou un contrat individuel (180).

Dès l'approche du problème des rapports entre ce contrôle administratif et le contrôle judiciaire, on s'aperçoit qu'en Allemagne il existe une dépendance réciproque entre les deux contrôles. Cette dépendance réciproque pose aux juristes et aux magistrats allemands de délicats problèmes pour la solution desquels l'unanimité n'est pas toujours la règle.

Les licenciements opérés (dans le cadre d'un licenciement collectif tel qu'il est entendu en droit allemand) sans que la déclaration en ait été faite, ne sont pas valables (181). La même sanction s'applique si la déclaration n'a pas été faite par écrit ou si l'avis du conseil d'entreprise n'a pas été joint. Il en va de même pour un licenciement prononcé sans l'autorisation du Landesarbeitsamt après que la déclaration ait été faite par l'employeur et pendant le délai qui la suit (Sperrfrist) (182).

Mais, sur ce point, une distinction est opérée en droit allemand. On distingue le congé-acte juridique (Kündigung) du licenciement (Entlassung), distinction que nous avons déjà signalée (183). *L'inobservation des formalités du contrôle administratif entraîne l'inefficacité du licen-*

(178) Hueck, *op. cit.*, n° 20, p. 222, avec des références en doctrine qui n'est pas unanime sur ce point; adde, Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 131 et s.

(179) Hueck, *op. cit.*, § 16, n° 14, p. 230; Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 845.

(180) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome 1, 7e éd. 1963, p. 691.

(181) Hueck, *op. cit.*, § 16, n° 1 et s., p. 224 et s.; Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 696; Schlessmlnn, *op. cit.*, p. 135.

(182) Hueck, *op. cit.*, § 16, n° 16, p. 231.

(183) *Supra*, introduction I, E.

ciement et non du congé (184). Le licenciement (Entlassung) est ici entendu comme le renvoi effectif du salarié de l'entreprise tandis que le congé (Kündigung) est la déclaration de volonté unilatérale visant à mettre fin à la relation de travail existante. En cas donc d'inobservation des formalités du contrôle administratif, le licenciement n'est pas valable tandis que le congé, en tant que tel, l'est.

Cette solution a des conséquences pratiques considérables car le délai-congé peut être plus long, en l'espèce, que le délai suivant la déclaration, par l'employeur, du licenciement collectif (Sperrfrist) qui peut être d'une durée de 1 à 2 mois (185). En ce cas, le salarié doit quitter l'entreprise à l'expiration du délai-congé car, le congé étant valable, le délai de préavis commence à courir dès sa signication et le Sperrfrist (186) ne suspend pas ce délai de préavis. Une autre conséquence est que si la déclaration au Service du Travail vient après le congé, l'autorisation administrative peut être rétroactive, ce qui permet le renvoi effectif du salarié à l'expiration du délai-congé en vertu du congé initial.

En résumé, *pendant le délai du § 15 KSchG aucun salarié ne peut être effectivement renvoyé de l'entreprise sans l'autorisation du Landesarbeitsamt.* Mais les congés signifiés pendant cette période sont valables. Par conséquent, si les délais de préavis auxquels ces congés ouvrent droit sont moins longs que le délai du § 16 KSchG, le salarié ne peut être renvoyé qu'à l'expiration de ce dernier délai. Au contraire, si les congés signifiés ouvrent droit à un préavis plus long que le délai du § 16 KSchG, le salarié doit quitter l'entreprise à l'expiration du délai-congé qui commence à courir *dès la signification du congé* et non à partir du moment où expire le délai du § 16 KSchG.

Si l'employeur prononce des congédiements dans le cadre d'un licenciement collectif sans observer les formalités des § 15 et s. KSchG, ces congédiements sont valables en tant que tels, et *le délai du préavis commence donc à courir dès leur signification, mais ils sont privés de leur effet juridique habituel, qui est de mettre fin à la relation du travail.* Si l'employeur observe ces formalités après la signification des congédiements, il faut opérer une distinction quant aux résultats civils de ces derniers. Ces résultats dépendent de la combinaison du délai de préavis avec le délai du § 16 KSchG. Si le délai de préavis expire avant la fin du délai du § 16 KSchG, la relation de travail subsiste jusqu'à la fin de ce dernier délai. Si le délai du préavis expire après la fin du délai du § 16 KSchG, il a son effet habituel : la cessation de la relation de travail. Si le délai de

(184) Hueck, *op. cit.*, § 16, n° 1, p. 224; Hueck-Nipperdey, *op.* et *loc. cit.*
(185) § 16 KSchG.
(186) § 16 KSchG.

préavis expire sans que l'employeur ait, entre temps, observé les formalités des § 15 et s. KSchG, le salarié ne peut pas être renvoyé de l'entreprise.

Dans tous les cas précédemment décrits où le congé est valable tandis que le licenciement ne l'est pas, le salarié *n'est pas obligé* de continuer à fournir ses services. Il a le droit de se prévaloir de la nullité de son licenciement et des conséquences civiles qui en découlent mais il peut également se considérer comme licencié et quitter l'entreprise. L'employeur n'a pas le droit d'exiger la prestation de ses services en se fondant sur la survivance de la relation de travail en raison de la nullité du licenciement.

Le Bundesarbeitsgericht traduit ces résultats pratiques par une formule théorique qui a suscité des controverses en doctrine. Il estime qu'en cas d'inobservation des formalités des § 15 et s. KSchG, le congé n'est pas valable si le salarié l'invoque à l'encontre de l'employeur (187). Cette formule est approuvée par Nipperdey (188) tandis qu'elle est critiquée par une autre partie de la doctrine (189). Hueck approuve les résultats pratiques de cette jurisprudence mais il critique leur formulation théorique. Il considère que ce n'est pas le congé, en tant que tel, qui est inefficace mais seulement le licenciement fondé sur un tel congé (190).

Quoi qu'il en soit, l'idée essentielle en droit allemand est que le contrôle administratif a une incidence directe sur le contrôle judiciaire du licenciement. Les tribunaux de l'ordre judiciaire devant lesquels est présenté un litige doivent examiner si le contrôle administratif a été observé et si l'employeur s'y est conformé. Leurs constatations sur ce plan auront une influence directe sur la solution du litige porté devant eux. Cette constatation ne concerne pas seulement le contrôle administratif du licenciement collectif. Elle est valable également pour le contrôle opéré sur le licenciement de la part du conseil d'entreprise. Même en ce cas, la jurisprudence allemande a trouvé un moyen d'établir, dans une certaine mesure, une dépendance réciproque avec le contrôle judiciaire. Toutefois, cette position de la jurisprudence allemande a été critiquée par Schlessmann (191). Cet

(187) Hueck, *op. cit.*, § 16, n° 1 *a*, p. 225 et la jurisprudence citée.

(188) Die « Unwirksamkeit » von Massenentlassungen und die Lehre von der Nichtigkeit, RdA, 1960, p. 285; adde, Schlessmann, *op. cit.*, p. 135.

(189) Herschel, Massenentlassungen und Unwirksamkeit der Kündigung, RdA, 1961, p. 17; du même auteur, note *in* JZ, 1960, p. 426; pour l'exposé des différentes opinions à ce sujet, voir J. Bellinghausen, *op. cit.*, pp. 200-212; également, C. Kleinschmidt, Die Relativität der Nichtigkeit bei Massenenlassungen, thèse, Cologne, 1963, p. 16 et s.

(190) Ist nicht die Kündigung als solche, sodern nur die durch die Kündigung herbeigeführte Entlassung unwirksam, Hueck, *op.* et *loc. cit.*

(191) *Op. cit.*, p. 136.

auteur estime que la liaison entre la validité, sur le plan du droit privé, d'un licenciement et les dispositions visant à satisfaire des buts concernant le problème de l'emploi et ayant un caractère de droit public, n'est pas heureuse. Mais cette opinion reste isolée.

Cette dépendance réciproque entre les contrôles judiciaires et extra-judiciaire du licenciement est surtout due aux efforts de la jurisprudence allemande. Elle contraste avec l'indépendance complète de ces deux contrôles telle qu'elle a été conçue par la jurisprudence française. On ne peut que constater que la solution du problème par la jurisprudence allemande contribue à la consolidation et à la cohésion de l'ordre juridique. Cette constatation sur le plan du droit comparé apporte un argument supplémentaire aux auteurs hostiles à la thèse de l'indépendance. Mais la jurisprudence française est constante dans son acceptation de la thèse de l'indépendance des contrôles administratif et judiciaire.

L'ordonnance n° 99/1967 vient d'instituer un contrôle des licenciements collectifs en Grèce. Nous n'analyserons pas cette ordonnance mais nous donnerons un bref aperçu du système de contrôle qu'elle institue. Il s'agit d'un contrôle administratif. Un licenciement collectif ne peut avoir lieu sans l'autorisation du Ministre du Travail. L'employeur doit déclarer les licenciements projetés au Bureau de placement et demander l'autorisation du Ministre. Si *dans un délai d'un mois* le Ministre n'a pas fourni sa réponse, l'employeur a le droit de procéder aux licenciements projetés en observant, certes, les règles applicables au licenciement individuel.

Cette ordonnance donne, par ailleurs, une définition du licenciement collectif qui est très proche de celle du droit allemand. Il faut, d'une part, que les effectifs de l'entreprise dépassent le nombre de 50 salariés et, d'autre part, que le nombre des salariés licenciés pendant un mois excède un pourcentage des effectifs de l'entreprise. Ce pourcentage est fixé chaque semestre par arrêté ministériel et peut varier entre 2 % et 10 % de ces effectifs. Il est fixé actuellement à 6 %.

Il faut cependant signaler qu'en ce qui concerne notre sujet l'ordonnance n° 99/1967 est très claire. Son article 1[er] stipule que les *congés donnés sans l'observation de la procédure qu'elle institue sont nuls et de nul effet.* Le contrôle judiciaire doit donc rechercher si l'employeur a respecté la procédure instituée par cette ordonnance. S'il constate la violation il doit prononcer la nullité des licenciements ainsi donnés. En Grèce, après cette ordonnance, le contrôle administratif et le contrôle judiciaire du licenciement sont donc dépendants.

Nous avons examiné, au cours de cette section, le contrôle des limitations générales apportées au principe du libre exercice du

licenciement libérateur. Nous allons maintenant aborder le contrôle des limitations concernant certaines catégories particulières de salariés.

Section II.

LE CONTROLE DES LIMITATIONS CONCERNANT CERTAINES CATEGORIES PARTICULIERES DE SALARIES

Ces restrictions sont, en général, d'origine légale. Elles concernent certaines catégories de salariés pour lesquels le législateur a estimé qu'ils devaient bénéficier d'une protection légale particulière. Il s'agit, d'une part, des représentants du personnel et, d'autre part, des grands invalides (Allemagne) ou de certaines catégories d'anciens combattants (Grèce). D'ailleurs, la protection de ces derniers ne concerne pas seulement le licenciement mais également d'autres avantages relatifs par exemple à leur embauchage ou à leur statut dans l'entreprise. En dehors de ces catégories, des statuts protecteurs existent en faveur d'autres salariés formant des catégories moins importantes et dont nous ne nous occuperons pas ici. De toute cette législation nous évoquerons les restrictions apportées au droit de licenciement.

La justification de cette protection particulière contre les licenciements est à peu près la même dans tous les systèmes juridiques. La protection des grands invalides ou des anciens combattants se justifie par la solidarité envers des citoyens ayant rendu des services à la communauté nationale et n'ayant pu de ce fait acquérir une qualification professionnelle appropriée. Si, en outre, ce service a entraîné une incapacité de travail, le besoin de protection est encore plus évident.

La protection particulière des représentants du personnel contre le licenciement trouve une autre justification. Elle vise à leur garantir l'indépendance nécessaire pour l'exercice de leur fonction car ils sont plus exposés que les autres salariés à des sanctions de la part de l'employeur. Ils ne doivent pas être entravés, dans la défense des intérêts des salariés, par la crainte d'un licenciement (192).

Il faut distinguer cette protection particulière de la règle générale d'après laquelle le licenciement ne doit pas être motivé par l'appartenance ou l'activité syndicale. Cette dernière règle a un caractère

(192) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 355, p. 390; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 678; Hueck, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift für Appelt, 1958, p. 64.

général et concerne tous les salariés tandis que les restrictions au droit de licenciement, dont nous nous préoccupons ici, s'appliquent à une catégorie déterminée de salariés. La première règle protège indistinctement tous les salariés, tandis que la deuxième s'applique à une partie d'entre eux en raison des fonctions qu'ils accomplissent.

Ces restrictions revêtent l'aspect soit de conditions de forme complémentaires imposées au licenciement soit d'une interdiction de licencier en dehors de certains motifs. La place de ces restrictions ainsi que leur organisation diffèrent d'un système juridique à l'autre. Toutefois, tant en France qu'en Allemagne et qu'en Grèce, le contrôle judiciaire se caractérise par certains problèmes de même nature. Il s'agit essentiellement pour le juge de déterminer les bénéficiaires de la protection, de veiller à l'application effective des prescriptions légales et, si nécessaire, de donner une interprétation exacte de ces dernières. En outre, il fixe la date de prise d'effet du congé ainsi que celle de la cessation du contrat de travail en fonction de ces formalités complémentaires. Enfin, il doit préciser les rapports entre, d'une part, l'intervention de certains organes et surtout de l'Administration au sujet de ces restrictions et, d'autre part, la sienne propre.

Le problème se présente d'une façon homogène dans chaque système juridique. Aussi, nous avons jugé utile de l'envisager, d'une part en France et, d'autre part, en Allemagne et en Grèce.

A. — France.

Un dispositif protecteur contre le licenciement des représentants du personnel a été mis en place par l'ordonnance du 22 février 1945 (art. 22) et par la loi du 16 avril 1946 (art. 16), complétés par l'ordonnance du 7 janvier 1959 et la loi du 18 juin 1966 (193).

La protection consiste, en résumé, à exclure le principe du libre exercice du licenciement par l'employeur. Les textes subordonnent le licenciement à un double contrôle, celui du comité d'entreprise et celui de l'inspecteur du travail. L'employeur qui envisage le licenciement d'un délégué du personnel ou d'un membre du comité d'entreprise doit demander l'autorisation préalable du comité d'entre-

(193) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 356 et s., p. 310 et s.; Brun et Galland, Suppl. 1962, p. 154 et s.; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, 1959, p. 258 et s.; du même auteur, Le nouveau statut protecteur des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, J.C.P. 1959.I.1482; La prorogation conventionnelle du mandat et du statut protecteur de délégué du personnel, J.C.P. 1959.I.1525; P. Sornay, Le congédiement des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise; L'ordonnance et le décret du 7 janvier 1959 et la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, D. 1959, Chr., p. 55.

prise. Si le comité refuse de donner son autorisation ou s'il n'existe pas de comité dans l'entreprise (194) l'employeur doit s'adresser à l'inspecteur du travail. Pendant les délibérations du comité d'entreprise, ainsi que pendant l'enquête menée par l'inspecteur du travail, l'intéressé doit être entendu, assisté au besoin d'un représentant de son syndicat. L'inspecteur du travail doit également entendre le Chef d'entreprise et fournir sa réponse dans les 15 jours (195). Contre la décision de l'inspecteur du travail, il est prévu, d'une part, un recours hiérarchique devant le Ministre du Travail (196) et, d'autre part, un recours contentieux en excès de pouvoir devant le tribunal administratif. L'employeur, lors de cette procédure, ne peut licencier l'intéressé; il a seulement la faculté de prononcer une mise à pied en cas de faute grave de sa part.

Il convient de remarquer que l'inspecteur du travail, saisi d'une demande de la part de l'employeur, n'examinera pas seulement les motifs d'ordre économique comme en matière de contrôle de l'emploi. Il appréciera la matérialité et la gravité des faits reprochés à l'intéressé. Autrement dit, l'inspecteur du travail envisagera l'ensemble de la question, tant dans ses données générales et économiques qu'individuelles (197).

Des restrictions particulières existent également au profit des médecins du travail. Leur licenciement ne peut intervenir qu'avec l'accord du comité d'entreprise ou de l'organisme de contrôle du service inter-entreprise ou, à défaut, de l'inspecteur du travail (198).

Contrairement au droit allemand qui institue des restrictions au seul licenciement ordinaire, le droit français applique les formalités ci-dessus exposées à tout licenciement, tant libérateur que sanctionnateur, tant individuel que collectif (199). La procédure mise en place par l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 16 avril 1946 est applicable à tout licenciement.

En l'état actuel du droit positif, les bénéficiaires de la protection sont :

a) *Les élus, titulaires ou suppléants, en cours de mandat;*

b) *Les candidats présentés au premier tour des élections par les organisations syndicales pendant trois mois à compter de la date de publication des candidatures* (ordonnance du 7 janvier 1959) ;

(194) Cass. soc. 24 mars 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 330; Inf. Chef d'Entr. 1958.695.
(195) Huit jours en cas de mise à pied.
(196) Voir la note de M. Gaston de Lestang *in* Dr. soc. 1965.503 et s.
(197) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 360, p. 312.
(198) Article 9, alinéa 3, du décret du 27 novembre 1952.
(199) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 357, p. 311.

c) *Les élus dont le mandat est expiré depuis six mois ou moins.* Cette mesure a également été introduite par l'ordonnance du 7 janvier 1959;

d) *Les représentants syndicaux.* La protection a été accordée à cette dernière catégorie de salariés par la loi du 18 juin 1966. Elle s'applique également aux anciens représentants syndicaux pendant six mois après l'expiration de leur mandat (200).

A propos des bénéfiiciaires de la protection, la jurisprudence s'était préoccupée de déterminer la notion de « salariés-candidats » aux élections de représentants du personnel. La formule employée par l'ordonnance du 7 janvier 1959 (201) fixant le point de départ de la protection à la date de la publication des candidatures, a donné lieu à une incertitude quant aux solutions jurisprudentielles (202). La Cour de Rennes (203) a considéré que devait être entendue comme date de publication la date à laquelle la candidature avait été portée à la connaissance des électeurs. La Cour de Paris (204) a considéré que cette date était celle à laquelle la candidature était devenue définitive. Ces deux solutions ne sont pas conformes au but poursuivi par le législateur qui a voulu protéger le candidat d'un licenciement visant à l'exclure de l'élection. En effet, elles aboutissent à repousser le point de départ de la protection à un moment où l'employeur connaît déjà la candidature du salarié.

Aussi, d'autres décisions (205) retiennent comme date de publication celle de la notification de la candidature à la direction de l'entreprise. La Chambre criminelle de la Cour de cassation (206) a estimé qu'aucune disposition légale ne prévoyant un mode particulier de publication des candidatures, la notification de la liste des candidats à l'employeur équivaut, à son égard, à la publication exigée par la loi.

La Chambre civile de la Cour de cassation a rendu deux arrêts (207) où elle semble admettre que la publication des candidatures n'est pas réalisée par la communication des candidats à l'employeur. L'espèce

(200) G.-H. Camerlynk et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 381, p. 326.

(201) Pour la jurisprudence antérieure, voir l'article précité de M. P. Sornay.

(202) J. Blaise, La protection des candidats aux fonctions de représentants du personnel, J.C.P. 1961.I.1639.

(203) 15 février 1961, D. 1961.344; Gaz. Pal. 1961.2.146.

(204) 17 novembre 1960, D. 1961.263; 29 mars 1963, Gaz. Pal. 1963.2.180.

(205) Paris, 24 juin 1961, J.C.P. 1961.II.12340 *bis*, note J.B.; Tr. gr. inst. de Riom, 17 mars 1965, D. 1965.547.

(206) 6 juillet 1965, Bull. crim. 1965, p. 380; Gaz. Pal. 1965.2.258; 17 mai 1966, D. 1966.543.

(207) Cass. civ. 2e, 23 mars 1966, Bull. civ. 1966, II, pp. 271 et 273.

était la suivante : un syndicat avait adressé une lettre recommandée à un employeur dans laquelle il lui présentait différents candidats en vue de l'élection des délégués du personnel et lui demandait d'organiser ces élections. A cette date, il n'avait encore été procédé ni à la constitution des collèges électoraux ni à la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel. Un salarié, parmi ceux dont le nom avait été communiqué à l'employeur, a été licencié après ces événements. Il a alors poursuivi son employeur en faisant valoir que son licenciement étant intervenu après la publication des candidatures, l'employeur aurait dû observer la procédure mise en place par la loi du 16 avril 1946.

La Cour suprême a estimé qu'à la date de la communication de la lettre recommandée, le syndicat n'était pas en mesure d'établir une liste de candidats et que, de ce fait, la communication de certains noms à l'employeur ne pouvait constituer la publication des candidatures visée à l'article 16 de la loi du 16 avril 1946.

Dans une espèce antérieure, la Chambre sociale (208) avait adopté la même solution. Il s'agissait également du licenciement d'un employé mentionné comme candidat délégué du personnel dans une lettre adressée à la direction par le secrétaire du syndicat C.G.T. qui proposait la candidature de l'employé et demandait l'organisation des élections. Le licenciement avait lieu six jours après l'envoi de la lettre à la direction.

La Chambre sociale a approuvé les juges du fond qui avaient estimé que la lettre du syndicat, antérieure aux formalités de constitution des collèges électoraux et de répartition des sièges, n'établissait pas de façon définitive la candidature du salarié.

M. l'avocat général R. Lindon, dans la conclusion de sa note précitée, déplorait cette incertitude en faisant observer à juste titre que « tant qu'on ne saura pas que le candidat est sérieusement protégé, on aura du mal à trouver des candidats, tout au moins dans les entreprises où le chef est connu pour ne pas être très favorable à l'institution des délégués ». Il faisait appel à une intervention du législateur en précisant que cette intervention « devrait assurer la protection des candidats à compter du jour où l'employeur connaît leur candidature ».

Le législateur est finalement intervenu. La loi du 18 juin 1966 précise que sont considérés comme candidats bénéficiaires de la protection, ceux dont la candidature a été signifiée à l'employeur (209).

(208) 24 janvier 1962, D. 1962.182, note R. Lindon ; Bull. civ. 1962, IV, p. 77 ; J.C.P. 1962.II.12565 ; Tnf. Chef d'Entr. 1962.625.

(209) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 342, p. 303, note 4.

Toutefois, la protection de ces personnes cesse en cas de fermeture de l'entreprise (210) ou de mise à la retraite du salarié (211). La jurisprudence exige une véritable fermeture de l'entreprise. Il n'en est pas ainsi lorsque l'activité est continuée par une filiale avec un personnel réduit. En ce cas, un salarié délégué du personnel ou membre du comité d'entreprise ne peut donc pas être congédié sans observation des formalités légales (212).

Par ailleurs, la jurisprudence a estimé qu'en ce qui concerne le bénéfice de la protection, la situation du salarié doit être appréciée *au moment de son licenciement.* Un salarié avait été licencié à un moment où il n'était ni délégué du personnel ni candidat à ces fonctions. Les tribunaux ont estimé (213) que le licenciement ne met certes pas fin au contrat de travail qui subsiste pendant la durée du préavis et, par conséquent, que le salarié est éligible pendant cette période. Mais, ils ont ajouté que si le salarié est élu, son mandat prend fin *en même temps que le contrat de travail,* car l'élection comme délégué du personnel est sans effet sur la situation vis-à-vis de l'employeur qui a procédé à un licenciement régulier et valable avant l'élection.

En outre, la Cour suprême estime que la loi du 16 avril 1946 ne fait aucune distinction entre les délégués du personnel titulaires ou suppléants et que la protection dont ils bénéficient *est attachée à leur qualité même et non pas seulement à l'exercice de leurs fonctions* (214).

En dehors de l'intervention judiciaire au sujet des bénéficiaires de la protection, le contrôle des tribunaux s'exerce également quant à l'application effective des prescriptions légales protectrices. A ce propos, la Cour de cassation exige qu'il s'agisse bien d'un licenciement. Si l'employeur se borne à constater la rupture du contrat de travail d'un salarié délégué du personnel résultant de la prolongation de sa maladie au-delà de six mois en application de l'article 23 de la convention collective des industries métallurgiques de la région parisienne du 16 juillet 1954 (avenant ouvrier), il ne procède pas à un licenciement. Le salarié licencié ne peut donc se prévaloir de la protection de la loi du 16 avril 1946 pour établir qu'il a été irrégulièrement licencié (215).

(210) Cass. soc. 23 février 1957, Gaz. Pal. 1957.1.425; Bull. civ. 1957, IV, p. 156; J.C.P. 1957.II.10003; Inf. Chef d'Entr. 1957.910.

(211) Cass. soc. 23 novembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 768; Dr. soc. 1962.231, obs. J. Savatier; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 357, p. 311.

(212) Cass. soc. 14 octobre 1964, J.C.P. 1965.II.14320, note F.R.

(213) Caen, 24 septembre 1959, Gaz. Pal. 1959.2.267; S. 1960.53; D. 1959.567.

(214) Cass. soc. 23 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 423.

(215) Cass. soc. 8 décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 757; Inf. Chef d'Entr. 1966.331.

Les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent certes juger la validité des actes administratifs tels que les autorisations de licenciements collectifs ou particuliers. Mais il leur incombe de dire si les opérations de contrôle des comités d'entreprise, dont des textes légaux et réglementaires déterminent la forme, le caractère, les conditions d'ouverture et de déroulement, ont été bien entreprises et suivies conformément aux dispositions de ces textes dont l'application relève du contrôle judiciaire. Si donc le licenciement projeté se fonde sur des motifs économiques obligeant l'employeur à procéder à un licenciement collectif dans lequel il veut comprendre un candidat aux fonctions de délégué du personnel, il doit fournir au comité d'entreprise les éléments d'information nécessaires à l'examen de ce licenciement collectif (216). Dans cette espèce, l'employeur n'avait pas fourni ces informations et le comité d'entreprise avait refusé de se prononcer sur le licenciement projeté. L'employeur avait prétendu par la suite, qu'il n'était pas obligé de fournir les éléments demandés dès lors qu'il avait consulté le comité sur le principe des licenciements collectifs. Mais la Cour de Paris a estimé que par son refus fautif l'employeur avait privé la délibération du comité de son objet essentiel et elle a approuvé les premiers juges qui avaient considéré que, dans ces conditions, le licenciement du salarié protégé avait été irrégulier et effectué en violation de la loi.

La jurisprudence veille à ce que la consultation du comité d'entreprise intervienne dans l'observation des prescriptions légales. Ainsi le licenciement d'un membre du comité d'entreprise est irrégulier en cas de non-consultation du comité dans les formes prévues. Un comité d'entreprise avait donné son assentiment dans une réunion tenue sans vote secret, assentiment qu'il avait retiré au cours d'une seconde réunion à la suite d'un vote à bulletins secrets (217). L'employeur, estimant régulière la première réunion, avait licencié l'intéressé. Mais la Cour suprême a estimé que ce licenciement était intervenu dans des conditions irrégulières.

La jurisprudence estime également que la décision du comité d'entreprise ne peut légalement intervenir qu'après examen des griefs articulés contre le salarié intéressé et qu'après que celui-ci ait été mis en mesure de présenter ses moyens de défense (218). L'invitation faite au délégué de fournir ses explications au directeur de l'entreprise en présence du secrétaire du comité ne peut dispenser la direction de le convoquer expressément à la réunion du comité d'entreprise afin

(216) Paris, 3 mars 1962, Gaz. Pal. 1962.2.93.

(217) Cass. soc. 1er février 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 110.

(218) Cass. soc. 11 juillet 1958, Gaz Pal. 1958.2.283; Bull. civ. 1958, IV, p. 702; S. 1958.366; D. 1958.604; J.C.P. 1958.II.10824, 17 juillet 1958, Dr. soc. 1958.474.

de lui permettre, s'il le juge utile, de s'expliquer sur le fait allégué comme motif de congédiement (219).

Toutefois, la jurisprudence a considéré comme valable l'assentiment d'un comité d'entreprise sans que l'intéressé ait été entendu, dès lors que, convoqué en temps utile, il ne s'était pas présenté et n'avait justifié d'aucun empêchement valable (220).

La protection joue également en cas de licenciement indirect. Cas d'un délégué du personnel renvoyé à cause de la suppression de son emploi et qui n'avait pas accepté un autre emploi inférieur et moins rémunéré (221).

La jurisprudence exige constamment que l'assentiment du comité d'entreprise ou, à défaut, de l'inspecteur du travail soit préalable au licenciement (222). Il est sans valeur s'il est postérieur à la date du licenciement effectif (223) même s'il intervient avant l'expiration du délai de préavis. Cette dernière circonstance n'est pas de nature à effacer l'irrégularité dont le congédiement s'est trouvé entaché lorsqu'il a été prononcé (224).

Cette procédure de protection des représentants du personnel a posé aux tribunaux certains problèmes concernant le point de départ du délai de préavis. La position de la jurisprudence à cet égard est que le préavis commence à partir de la signification d'un congédiement valable. Etant donné que le congédiement des représentants du personnel n'est valable que s'il existe déjà l'assentiment du comité d'entreprise ou, à défaut, l'autorisation de l'inspecteur du travail, le délai de préavis ne commence pas à courir si l'autorisation n'est pas donnée. Ce résultat découle de la combinaison logique, d'une part, de la nécessité du caractère préalable des autorisations et, d'autre part, de la règle suivant laquelle le délai de préavis ne commence à courir qu'à partir d'un congé valable.

Un problème de cet ordre s'est posé à propos d'une espèce qui a donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation. Il s'agissait d'un licenciement donné sans l'assentiment du comité d'entreprise et, en conséquence, nul. L'employeur avait, par la suite, sollicité cet assentiment qui lui avait été refusé. L'autorisation de l'inspecteur du travail ayant été requise, ce dernier avait donné son assentiment à partir d'une certaine date. L'employeur avait, par la suite, prononcé un nouveau licenciement.

(219) Cass. soc. 21 avril 1960, Gaz. Pal. 1960.1.372; Bull. civ. 1960, IV, p. 278; Dr. soc. 1960.552.

(220) Cass. soc. 23 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 415.

(221) Cass. soc. 16 mars 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 335.

(222) Cass. soc. 16 mars 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 334; Inf. Chef d'Entr. 1959.528; 12 mai 1960, J.C.P., Ed. G. 1960, IV, p. 97; Bull. civ. 1960, IV, p. 383; 9 juillet 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 514; Gaz. Pal. 1962.2.339.

(223) Cass. soc. 10 avril 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 373.

En présence de ces faits, le problème s'est posé de savoir quelle date serait retenue pour la fixation du point de départ du délai de préavis : la date du premier licenciement, la date du second licenciement ou celle fixée dans l'autorisation de l'inspecteur du travail?

La Chambre sociale, dans une première décision (225) a estimé que c'était la date prévue par l'autorisation de l'inspecteur du travail qu'il fallait retenir et elle a cassé l'arrêt du Tribunal civil de Saint-Pol-sur-Ternoise qui avait retenu celle du dernier licenciement. Cette décision de la Cour suprême avait été critiquée à juste titre par la doctrine (226).

La Cour de cassation statuant à nouveau, après renvoi, a estimé que la date de licenciement qu'il fallait retenir comme point de départ du délai de préavis était « la date à laquelle ce licenciement lui avait été valablement et définitivement notifiée », c'est-à-dire la date du licenciement signifié après l'autorisation de l'inspecteur du travail (227). Cette dernière solution satisfait la logique juridique car le délai de préavis ne commence à courir qu'à partir d'un licenciement valable et il n'y a pas de licenciement valable pour un représentant du personnel sans l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou, à défaut, de l'inspecteur du travail. Cette solution est approuvée par M. le professeur G.H. Camerlynck (228) qui relève, par ailleurs, qu'en l'espèce il avait fallu huit ans au salarié pour obtenir satisfaction.

Nous avons constaté dans la section précédente que lorsqu'il y a un contrôle administratif et un contrôle judiciaire du licenciement, la jurisprudence française maintient la thèse de l'indépendance entre ces deux contrôles. A première vue, la position jurisprudentielle va en sens contraire en ce qui concerne le licenciement des représentants du personnel. En effet, *elle lie la validité du licenciement à l'observation préalable de la procédure de protection mise en place par l'ordonnance du 22 mai 1945 et la loi du 16 avril 1946.* Le contrôle judiciaire n'est donc pas indépendant du contrôle administratif car le juge doit examiner si le contrôle administratif a été effectué régulièrement et sa décision, du point de vue du droit civil, dépend des résultats de cet examen.

(224) Cass. soc. 9 juillet 1962, précité.

(225) 17 avril 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 405; J.C.P. 1959.II.11168, note G.-H. CAMERLYNCK; Inf. Chef d'Entr. 1959.707.

(226) G.-H. CAMERLYNCY, note précitée; M. COHEN, Le statut des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise, 1964, p. 496.

(227) Cass. soc. 3 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 673; J.C.P. 1965.II.14043, note G.-H. CAMERLYNCK.

(228) Note précitée.

Selon une jurisprudence constante, le licenciement non autorisé est nul (229).

Par contre, le licenciement réalisé avec l'autorisation de l'inspecteur du travail est valable. L'annulation ultérieure par le Ministre de cette autorisation ne fait pas revivre le contrat de travail. La Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait émis cette opinion et avait condamné l'employeur à payer au salarié ses salaires échus et à le réintégrer à l'entreprise (230).

Mais, sur le plan pratique, la jurisprudence ne tire pas toutes les conséquences nécessaires de ces solutions de principe. Elle se refuse à ordonner la réintégration du salarié ainsi licencié, de même qu'à lui allouer son salaire s'il offre à exécuter ses obligations contractuelles (231). Pourtant, de telles solutions seraient la conséquence logique de la nullité du congédiement et de la survie, de ce fait, du contrat de travail (232).

La jurisprudence n'alloue à l'intéressé que des dommages-intérêts. De même, le recours à l'article 1184 du Code civil et à la mise à pied annulent la plus grande partie des conséquences pratiques d'une dépendance entre les contrôles judiciaire et administratif.

Nous examinerons ce problème dans le cadre des sanctions du contrôle judiciaire.

Nous avons déjà signalé que des limitations légales existent en ce qui concerne le licenciement des médecins du travail. Les tribunaux veillent à l'application effective de ces dispositions. Le licenciement d'un médecin révoqué avec l'accord de l'organisme de contrôle du service inter-entreprise est donc valable (233). Au contraire, le licenciement est nul si les formalités légales n'ont pas été observées (234).

Cette dernière décision présente un intérêt particulier car elle a appliqué ces principes au problème de la détermination de la date du licenciement.

Un médecin du travail avait été congédié sur-le-champ et son licenciement, approuvé quelques semaines plus tard par l'organisme de contrôle du service inter-entreprise, lui avait été notifié le lendemain. La Cour suprême casse l'arrêt des juges du fond ayant considéré comme valable le congédiement donné sans l'accord préalable de

(229) Arrêt de principe : Cass. soc. 3 juin 1948, D. 1948.510; nombreuses décisions ultérieures dont : 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 270.

(230) Cass. soc. 1er juillet 1964, D. 1964.578; Gaz. Pal. 1964.2.299; J.C.P. 1965.II.14240, note P. DE FONT-REAULX; Dr. soc. 1965.52, note J. SAVATIER; adde : G. DE LESTANG, *op. cit.*, p. 505 et s.

(231) Cass. soc. 25 mars 1966, précité.

(232) G.-H. CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 363, p. 313.

(233) Cass. soc. 9 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 683; 17 mars 1961, Dr. soc. 1961.425.

(234) Cass. soc. 12 mai 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 311.

l'organisme de contrôle au seul motif que l'accord de cet organisme n'était pas nécessaire puisqu'il n'existait pas à l'époque où le médecin avait été embauché et n'avait donc pas pu donner son assentiment.

La Cour de cassation a considéré que ce licenciement, opéré sans observation des formalités légales était nul et que pouvait seul être tenu pour valable le congédiement notifié après l'accord de l'organisme de contrôle du service inter-entreprise.

En principe, il n'existe pas un véritable contrôle judiciaire des motifs du licenciement d'un élu du personnel, sauf en cas de résolution judiciaire de son contrat (235). Néanmoins, l'employeur qui n'observe pas les dispositions légales en la matière encourt des sanctions pénales.

B. — Allemagne, Grèce.

Le système de protection des représentants du personnel et d'autres catégories de salariés qui jouissent d'une protection particulière contre le licenciement présente, dans ces deux pays, certains points communs. Mais des différences considérables existent tant du point de vue des bénéficiaires de la protection que du point de vue de son organisation même.

Toutefois, les systèmes de protection de ces deux pays présentent certains traits qui les rapprochent quand on les compare au système de protection du droit français.

En Allemagne, les catégories de salariés pour lesquelles une protection particulière contre le licenciement est prévue sont essentiellement au nombre de deux : les membres du conseil d'entreprise (Betriebsratsmitglieder) et les grands invalides (Schwerbeschädingten). Nous envisagerons successivement le contrôle judiciaire des restrictions au licenciement de ces deux catégories de salariés.

La fonction d'un salarié en tant que membre d'un conseil d'entreprise a une influence certaine sur les mesures individuelles que l'employeur peut prendre à son égard (236). La protection particulière des membres du conseil d'entreprise contre le licenciement (237)

(235) Voir *infra* 2e partie, chap. II, sous-section I.

(236) Neumann-Duesberg, Auswirkungen des Betriebsratsamts auf die gegen Betriebsratsmitglieder möglichen Individualrechtsmassnahmen des Arbeitgebers, RdA 1962, p. 289 et s.

(237) Voir la bibliographie cité *in* Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, p. 185; adde : Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 108 et s.; pour une approche conjuguée du problème tant du point de vue du droit de protection contre le licenciement (Kündigungsschutzrecht) que du point de vue du droit d'organisation de l'entreprise (Betriebsverfassungsrecht) voir Küchenhoff, Fristkündigung von Betriebsratsmitgliedern, RdA 1955, p. 256 et s.

est juridiquement fort simple. Elle a été mise en place par les paragraphes 13 et 14 du Kündigungsschutzgesetz constituant le deuxième chapitre de cette loi intitulé « protection contre le licenciement des membres du conseil d'entreprise » (Kündigungsschutz der Betriebsratsmiglieder). La règle générale de cette protection est contenue dans le paragraphe 13 KSchG et consiste *à interdire le congédiement des membres du conseil d'entreprise à deux exceptions près :* en cas de fermeture de l'entreprise ainsi qu'en cas de licenciement sans préavis pour « cause sérieuse » (fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde). En schématisant, on pourrait dire qu'en ce qui concerne les membres du conseil d'entreprise, le licenciement libérateur est interdit; seul le licenciement sanctionnateur ainsi que le licenciement pour fermeture d'entreprise sont permis.

Ce sont les membres du conseil d'entreprise en exercice qui bénéficient de la protection (238). La situation des membres des autres organes de représentation du personnel n'est pas uniformément résolue (239).

Les candidats aux fonctions de membre du conseil d'entreprise ne sont pas spécialement protégés. Ils bénéficient seulement de la protection commune du paragraphe 1 KSchG.

Mais la doctrine et la jurisprudence allemande ont trouvé un autre moyen de protection des candidats en se fondant sur le paragraphe 19,1 du BetrVG. Cette disposition stipule que le salarié ne doit pas être l'objet d'entraves dans l'exercice de son droit d'élire et d'être élu aux organes de représentation du personnel. Si donc, le congédiement a été effectué dans ce but, il est nul car il contrevient à une interdiction légale (240). L'inconvénient de cette protection pour le salarié est qu'il lui incombe d'établir que son licenciement a été effectué dans le but de l'empêcher d'être élu comme membre du conseil d'entreprise. Le seul fait qu'il était candidat ne suffit pas à établir cette preuve (241).

Les membres suppléants du conseil d'entreprise ne sont pas protégés non plus. La protection joue toutefois en leur faveur si, en vertu de leur qualité de suppléant, ils entrent dans le conseil pour remplacer un membre qui ne peut plus assumer ses fonctions (242).

La durée de la protection correspond à la durée des fonctions du salarié élu. Elle commence le jour de l'élection. La protection joue

(238) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 679.
(239) Hueck, *op. cit.*, § 13, n° 4-4*c*, p. 187 et s. avec des indications bibliographiques et jurisprudentielles.
(240) Dietz, Betriebsverfassungsgesetz, 4e éd. 1967, §19, n° 4, p. 274 et s., et la jurisprudence citée.
(241) Hueck, *op. cit.*, n° 6, p. 189, et la jurisprudence citée.
(242) Hueck, *op. cit.*, n° 8, p. 190, et la jurisprudence citée.

même si l'employeur ne savait pas que le salarié était membre du conseil d'entreprise (243). La protection prend fin avec la cessation des fonctions du salarié. Le fait que l'élection ait été entachée de vices n'exclut pas la protection jusqu'à ce que les tribunaux annulent ladite élection. Toutefois, si le vice en question est de nature à entraîner la nullité absolue de l'élection, une intervention judiciaire n'est pas nécessaire pour enlever la protection aux salariés ainsi élus (244).

Toutes ces solutions des problèmes concernant les bénéficiaires et la durée de la protection sont dues aux tribunaux à qui il appartient de connaître ces litiges.

Le juge allemand a été saisi de plusieurs questions résultant de l'interdiction du licenciement libérateur des membres du conseil d'entreprise.

Les principes qui ont inspiré les solutions sont les suivants : si les conditions de protection, précédemment énumérées, sont réunies, le licenciement prononcé est nul.

La jurisprudence précise encore ce principe en utilisant la formule suivant laquelle *la déclaration de volonté* unilatérale de congédiement est interdite (245).

De cette formule découlent plusieurs conséquences pratiques appliquées par la jurisprudence. Ainsi, le congé prononcé à un moment où le salarié n'était pas protégé est valable, même si pendant le délai de préavis ledit salarié est élu membre du conseil de l'entreprise. Il doit quitter l'entreprise à l'expiration du délai de préavis. Ce qui est déterminant, c'est le moment où le congé a été signifié au salarié. De toute façon, cette signification est interdite pendant toute la durée de la protection (246).

Le licenciement extraordinaire des membres du conseil d'entreprise est permis pendant la durée de leurs fonctions. Mais la notion de licenciement extraordinaire est ici plus étroite (247). Le licenciement extraordinaire est permis sous deux conditions. En premier lieu, l'employeur doit fonder son droit de donner un congé extraordinaire *sur une disposition légale*. En second lieu, il faut qu'il puisse délivrer un congé *sans préavis*.

Ces deux restrictions ont une importance pratique considérable. La première exclut un licenciement extraordinaire fondé sur une dispo-

(243) HUECK, *op. cit.*, n° 5, p. 188, et les indications doctrinales et jurisprudentielles.
(244) HUECK, op. cit., n° 5*a*, p. 189.
(245) HUECK, *op. cit.*, n° 10 et s., p. 192 et s., avec des références jurisprudentielles.
(246) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 681 et s.
(247) HUECK, *op. cit.*, n° 14 et s., p. 194 et s.

sition de nature conventionnelle (convention collective ou contrat individuel). En effet, le droit de procéder à un congédiement extraordinaire ne peut, en Allemagne, être restreint par une clause conventionnelle. Au contraire, ce droit peut être étendu par une telle clause. Les contractants peuvent prévoir par exemple, que certains actes de l'une ou de l'autre partie constituent des « causes sérieuses » de licenciement extraordinaire. Le paragraphe 13, 1 KSchG ne permet que le licenciement extraordinaire fondé sur une disposition légale. La jurisprudence estime, en conséquence, que des clauses conventionnelles donnant le droit à l'employeur de procéder à un licenciement extraordinaire ne peuvent pas l'autoriser à donner un congé extraordinaire à un membre du conseil d'entreprise (248).

Nous avons signalé auparavant (249) que le licenciement extraordinaire n'est pas nécessairement fait sans préavis (250). Mais le licenciement extraordinaire des membres du conseil d'entreprise ne peut pas être effectué en vertu d'une disposition légale qui n'autorise le licenciement extraordinaire que sous condition d'observer un certain préavis. Il faut que cette disposition légale donne droit à un licenciement sans aucun préavis (251).

Cette double restriction imposée à la faculté du licenciement extraordinaire des membres du conseil d'entreprise renforce considérablement leur statut de protection contre le licenciement.

Le licenciement des membres du conseil d'entreprise est également permis en cas de fermeture de l'entreprise (Betriebsstillegung). Cette disposition (252) a donné lieu à une intervention judiciaire importante qui dépasse, dans une certaine mesure, la question du licenciement. Tout d'abord, la question de la définition de la notion de fermeture de l'entreprise a soulevé certains problèmes auxquels la doctrine et la jurisprudence s'efforcent d'apporter une solution (253). S'il y a fermeture de l'entreprise au sens auquel cette notion est entendue par la jurisprudence, le licenciement des membres du conseil d'entreprise est permis.

Dans ces conditions, l'employeur doit en principe procéder à un licenciement ordinaire, donc observer le préavis. La jurisprudence considère toutefois que, sous certaines conditions, le préavis peut ne

(248) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 683.
(249) *Supra* Introduction II, D.
(250) Hüpper, Die Pflicht zur Einhaltung einer Frist bei ausserordentliche Kündigung, RdA, 1962, p. 249.
(251) Hueck, *op. cit.*, n°s 17-17*a*, p. 197, et les indications jurisprudentielles.
(252) § 13, 2 et 3 KSchG.
(253) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 686 et s.; Hueck, *op. cit.*, n°s 21-24, p. 199 et s. avec de nombreuses références en doctrine et en jurisprudence; comparer avec le point de vue de Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 648 et s.

pas être observé (254). En somme, la situation d'un membre du conseil d'entreprise, en cas de fermeture de celle-ci, est considérée par la jurisprudence comme étant semblable à celle de tous les salariés de ladite entreprise.

La jurisprudence considère que la fermeture d'une partie de l'entreprise (Stillegung einer Betriebsabteilung) diffère, du point de vue des possibilités de licenciement des membres du conseil, de la fermeture totale de l'entreprise. Cette appréciation a une importance certaine car le droit antérieur assimilait ces deux situations. L'employeur pouvait licencier un membre du conseil d'entreprise tant au cas où il travaillait dans une partie de l'entreprise qui avait été fermée qu'au cas où toute l'entreprise l'avait été.

A l'heure actuelle, la jurisprudence considère qu'en cas de fermeture d'un atelier, le membre du conseil d'entreprise qui y travaillait doit être transféré dans un autre poste d'une importance, matérielle et morale, semblable. L'employeur est libéré de cette obligation au cas où des raisons concernant l'organisation de son entreprise l'en empêchent. Dans cette dernière éventualité, l'employeur a le droit de licencier l'intéressé au plus tôt à partir du moment où son atelier a effectivement été fermé. C'est seulement en cas de nécessité impérieuse pour l'entreprise que le licenciement peut être fixé à un moment antérieur (255).

Une autre catégorie de salariés en faveur desquels des restrictions particulières concernant leur licenciement sont instituées, sont les grands invalides. Cette catégorie de salariés est très importante en pratique (256). En dehors de la protection spéciale contre le licenciement, un régime d'embauchage est institué en leur faveur. Leur situation juridique est régie, dans son ensemble, par la loi du 16 juin 1953 (Schwerbeschädigtengesetz) qui, dans ses paragraphes 14-19, met en place un régime de protection particulière contre le licenciement (257).

La protection est différente suivant qu'il s'agit d'un licenciement ordinaire ou extraordinaire.

En ce qui concerne le licenciement ordinaire, le paragraphe 15 de la loi du 16 juin 1953 (SchwerbeschG) oblige l'employeur à observer un délai de préavis minimum de quatre semaines tandis que son paragraphe 14 stipule qu'un accord du service compétent pour les

(254) Hueck, *op. cit.*, n° 25, p. 201 et la jurisprudence citée; Nikisch, *op. cit.*, p. 808.

(255) Voir la jurisprudence citée *in* Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, notes 61, 62, 63, p. 689; adde : Hueck, *op. cit.*, n° 29, p. 203.

(256) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 761 et s.

(257) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 776 et s.

grands invalides (Hauptfürsorgestelle) est nécessaire pour ce licenciement.

Des problèmes délicats se posent aux tribunaux quant à l'application de ces dispositions, surtout en ce qui concerne la date de prise d'effet du congé. Nous n'entrerons pas dans les détails de ces questions mais nous signalons que la jurisprudence estime possible un accord de l'Administration compétente avec effet rétroactif (258). En outre, le service compétent peut subordonner son accord à certaines conditions, telles un préavis plus long (259) ou le paiement du salaire pendant un certain temps.

L'omission de ces formalités rend le licenciement inefficace.

Le droit au licenciement extraordinaire n'est pas affecté par la loi du 16 juin 1953 (SchwerbeschG). Mais, comme c'est le cas pour les membres du conseil d'entreprise, seul le licenciement extraordinaire fondé sur une disposition légale est permis.

Toutefois, l'accord du Hauptfürsorgestelle est nécessaire, même pour le licenciement extraordinaire, si ce dernier est fondé sur un motif qui est en rapport immédiat avec l'état de santé de l'intéressé (260).

Il faut signaler que le contrôle du licenciement par l'Administration (Hauptfürsorgestelle) est indépendant du contrôle judiciaire de ce même licenciement. Leurs points de vue respectifs diffèrent. Ainsi un licenciement auquel l'Administration a consenti peut être déclaré « socialement non justifié » en vertu du paragraphe 1 KSchG par le juge (261). Cette situation rappelle l'indépendance entre le contrôle judiciaire et administratif du licenciement à laquelle la jurisprudence française reste fermement attachée.

Des restrictions particulières existent en Grèce au sujet du licenciement de trois catégories de salariés : cadres syndicaux, anciens combattants et salariés pendant leur service militaire et l'année suivante.

En Grèce, la protection contre le licenciement des cadres syndicaux est organisée sur le plan général. L'ordonnance n° 1803/1951 complétée par l'article 12 du décret législatif n° 4361/1964 et par l'article 4 de la loi n° 4504/1966 détermine les personnes protégées. Ce sont le président et le secrétaire général de toute organisation professionnelle ayant plus de 100 personnes physiques comme membres; à ces personnes s'ajoutent, en ce qui concerne les organisations professionnelles du deuxième et troisième degré, les premier et deuxième vice-

(258) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 778 et la jurisprudence rapportée.
(259) Nikisch, *op. cit.*, p. 286.
(260) Pour plus de détails voir Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 783 et s. avec des références en jurisprudence et en doctrine.
(261) Hueck, *op. cit.*, Introduction III, 5, p. 37.

présidents et le trésorier de leur conseil d'administration. En outre, tous les membres du secrétariat du comité exécutif de la Confédération générale des travailleurs de Grèce bénéficient de ce statut de protection. La protection joue en cas de contrat de travail à durée indéterminée. En ce qui concerne le contrat à durée déterminée, les restrictions existent pour le licenciement avant le terme convenu. Le contrat prend normalement fin à l'arrivée de ce terme. Les personnes ci-dessus énumérées bénéficient de la protection particulière pendant la durée de leurs fonctions et une année après leur cessation.

Bien entendu, en dehors de cette protection, le licenciement pour activité syndicale est considéré comme abusif par la jurisprudence.

Un système de protection comparable à celui concernant les cadres syndicaux a été mis en place en faveur de certaines catégories d'anciens combattants par l'ordonnance n° 1836/1951 et le décret législatif n° 4185/1961 (262). En outre, un régime d'embauchage obligatoire existe pour les anciens combattants.

La protection de ces deux catégories de salariés est très efficace et présente un double aspect. En premier lieu, leur licenciement n'est permis que pour certains motifs énumérés par la loi. En second lieu, la vérification de ces motifs appartient à une commission présidée par un magistrat et dont la composition est paritaire. Si la commission, sur demande de l'employeur, constate la matérialité des faits invoqués et estime qu'ils constituent l'un de ceux pour lesquels le licenciement est permis, elle donne son autorisation. Sinon elle la refuse.

Il faut signaler que le contrôle de cette commission est un véritable contrôle préalable car le licenciement opéré sans son observation est nul avec les conséquences que cette nullité comporte en droit hellénique. Mais ces commissions sont des organes de droit public et, par conséquent, leur contrôle n'est pas de caractère judiciaire.

Le Conseil d'Etat exerce son contrôle sur les décisions de ces commissions. Ce contrôle est comparable à celui qui est exercé par la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond. Le Conseil d'Etat jugera si les faits appréciés souverainement par les commissions constituent bien le motif prévu dans la loi et pour lequel un licenciement est permis (263), en outre, le Conseil d'Etat veille à ce que les commissions compétentes soient régulièrement constituées (264).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a apporté une limitation importante au droit de l'employeur de demander l'autorisation de licenciement en se fondant sur des faits qui constituent des motifs pour lesquels

(262) Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 319, note 3, p. 320, note .6

(263) C.E. n° 557/1967, E.E.D. 1967, p. 538; 2750/1966, E.E.D. 1967, p. 151; 402/1965, E.E.D. 1965, p. 395; 2959/1964, E.E.D. 1965, p. 78; 1701/1959, E.E.D. 1959, p. 1239.

(264) C.E. n° 1820/1966, E.E.D. 1966, p. 1323; 2959/1964, précité.

le licenciement est légalement permis. L'employeur peut invoquer ces faits pendant un « délai raisonnable » après qu'ils aient eu lieu. Si ce délai est passé sans aucune action de l'employeur, celui-ci ne peut plus les invoquer. La durée exacte de ce délai dépend de l'ensemble des circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Le Conseil d'Etat exerce son contrôle au sujet de ces appréciations (265).

Le contrôle judiciaire vise à faire observer la réglementation et s'efforce d'apporter une solution aux problèmes qu'elle pose.

Il doit tout d'abord déterminer les bénéficiaires de cette protection. S'agissant des cadres syndicaux, le juge vérifiera s'ils sont bien titulaires des fonctions dont ils se réclament. L'Aréopage a estimé que les qualités exigées par la loi comme conditions de la protection faisaient défaut au cas où les intéressés n'étaient pas régulièrement élus aux fonctions dont ils prétendaient être titulaires (266).

L'Aréopage a soumis la protection des cadres syndicaux à une autre condition. Il exige que leur qualité en tant que cadres syndicaux spécialement protégés par l'ordonnance n° 1803/1951 *soit connue de l'employeur* (267).

La jurisprudence se contente de la simple constatation que l'employeur connaissait la qualité du salarié intéressé sans examiner les sources de cette connaissance. Cette dernière peut résulter soit d'une communication de la part du salarié soit d'une autre source (268).

Une autre catégorie de salariés pour le licenciement desquels existent des restrictions particulières sont les salariés qui accomplissent leur service militaire. Ils jouissent également d'une protection pendant une année après la fin de leur service.

D'après la loi n° 3514/1928 et l'article 11 de l'ordonnance n° 547/1937 l'appel sous les drapeaux ne peut pas donner lieu à la rupture du contrat de travail d'un salarié ayant une ancienneté de plus de six mois. D'après une jurisprudence constante, ces dispositions interdisent le licenciement du salarié pendant cette période. Le congédiement prononcé en méconnaissance de ces dispositions est nul (269). L'Aréopage estime que, pendant la période de protection, le contrat de travail se trouve en état de suspension obligatoire (270).

A la fin de son service, le salarié a le droit de reprendre son poste de travail. A partir de ce moment et *pendant une durée d'une année*, il ne peut être licencié que pour un motif sérieux dont la matérialité

(265) C.E. n° 1050/1966, E.E.D. 1966, p. 717.
(266) A.P. n° 414/1966, E.E.D. 1967, p. 539; 379/1966, E.E.D. 1966, p. 937.
(267) A.P. n° 235/1958, E.E.D. 1958, p. 525; E.E.D. 1958, p. 1249.
(268) A.P. n° 183/1964,, E.E.D. 1964, p. 407; 30/1958, E.E.D. 1958, p. 198.
(269) A.P. n° 423/1964, E.E.D. 1964, p. 848.
(270) A.P. n° 803/1958, E.E.D. 1959, p. 127.

est appréciée par une commission comparable à celle qui existe pour les cadres syndicaux et les anciens combattants.

Le salarié licencié sans l'accord de la commission pendant l'année de protection a droit à une *indemnité spéciale* d'un montant égal à six mois de rémunération. Bien entendu, il a droit, en plus, à l'indemnité de licenciement normale prévue par la loi n° 2112/1920.

La jurisprudence a eu à se préoccuper de plusieurs questions de détail qu'a posées cette réglementation (271).

Nous avons constaté que, tant en France qu'en Allemagne et en Grèce, des limitations particulières existent pour le licenciement de certaines catégories de salariés. Le contrôle judiciaire concernant leur application se préoccupe en général de problèmes de caractère analogue. Il tranche les litiges concernant les bénéficiaires de la protection, ceux qui naissent de la combinaison de ces règles spéciales avec les règles générales sur le licenciement et détermine les rapports entre le contrôle judiciaire et les attributions des différents organes qui interviennent, en matière de licenciement, en vertu de la réglementation spéciale.

Toutefois, certaines observations s'imposent à propos de ce contrôle judiciaire.

En France, la protection comprend, en ce qui concerne les représentants du personnel, un nombre plus grand de bénéficiaires et prévoit une durée de protection plus longue, dépassant celle de leurs fonctions. En effet, en Allemagne, ni les candidats aux fonctions de membre du conseil d'entreprise ni les membres suppléants de ce conseil ne sont spécialement protégés. En France, le régime de protection comprend ces deux catégories de salariés. Nous avons vu comment le juge allemand a voulu pallier à cette insuffisance et parvenir à protéger, dans une certaine mesure, les candidats aux fonctions de membre du conseil d'entreprise.

Le droit hellénique adopte un système, quant à la détermination des bénéficiaires de la protection qu'il institue, différent de celui des droits français et allemand. *Il protège les cadres syndicaux en tant que tels et indépendamment de l'entreprise dans laquelle ils travaillent.*

Les droits français et allemand, eux, limitent leur protection au niveau de l'entreprise. Il s'agit ici d'une différence essentielle.

Mais ce qui oppose le plus nettement le droit français aux droits allemand et grec, ce sont les sanctions édictées lors du contrôle judiciaire de ces restrictions. En France, ces sanctions sont pratiquement inefficaces à l'exception des sanctions pénales. Au contraire, en Allemagne et en Grèce l'inobservation de restrictions particulières contre

(271) Toussis-Stavropoulos, *op. cit.*, p. 325, note 3.

le licenciement entraîne des sanctions beaucoup plus sensibles. Nous envisagerons ce problème avec l'ensemble de la question des sanctions du contrôle judiciaire.

Nous venons d'examiner, au cours de ce premier chapitre, le contrôle judiciaire des conditions extrinsèques du licenciement libérateur. Nous aborderons maintenant le contrôle de ses conditions de fond.

CHAPITRE DEUXIEME

LE CONTROLE JUDICIAIRE DES CONDITIONS DE FOND

PRINCIPES GENERAUX

Nous avons déjà signalé que les systèmes juridiques auxquels nous nous intéressons adoptent, en général, le principe du libre exercice du licenciement libérateur. Ce principe, qui trouvait son fondement dans un libéralisme économique et sur le postulat de l'autonomie de la volonté, reçoit aujourd'hui des atténuations de plus en plus nombreuses. Certains pays, comme l'Allemagne et l'Italie, ont le plus progressé dans cette voie. Certes, ce principe n'est pas encore mis en cause, en tant que tel. Mais l'évolution en ce sens est encore inachevée.

Le principal instrument au service de cette évolution est la théorie de l'abus de droit ou d'autres notions d'inspiration voisine comme le licenciement « antisocial », en Allemagne ou « manifestement déraisonnable » aux Pays-Bas. La nouvelle loi italienne du 15 juillet 1966 sur la « juste cause » de licenciement s'inspire de mêmes préoccupations. La recommandation n° 119 de l'O.I.T. dégage les directives générales de cette évolution.

Il ne nous appartient pas d'examiner la théorie de l'abus de droit ou les notions voisines mais nous devons examiner *leur utilisation* par le pouvoir judiciaire en vue d'un contrôle sur le licenciement.

Tout d'abord, il faut se demander *s'il existe, en ce qui concerne le licenciement, de véritables conditions de fond ou si celles qui apparaissent comme telles ne sont pas en réalité de simples restrictions à l'exercice d'un droit.* Cette question est fondamentale car elle se trouve au cœur du problème du contrôle judiciaire et de son évolution. La réponse n'est pas identique dans tous les pays.

En France, on ne peut pas encore parler de véritables conditions de fond au sujet du licenciement libérateur. La jurisprudence s'en tient fermement au principe de la liberté de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée. L'employeur est pratiquement libre de licencier son salarié dès qu'il invoque un motif d'ordre économique. Autrement dit, le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail reconnu à l'employeur n'est pas soumis à de véritables conditions de fond. On aurait pu parler de telles conditions si ce droit ne pouvait être exercé qu'en présence de certains motifs dont la matérialité serait contrôlée par le juge. Or, en l'état actuel du droit positif et de la jurisprudence française, l'employeur n'est pas obligé *d'établir l'existence* de certains motifs pour justifier le licenciement; il lui suffit *de les alléguer.* Il n'est donc pas possible de parler de conditions de fond à propos du licenciement libérateur, tel qu'il se présente en France.

La jurisprudence apporte *des restrictions* au libre exercice par l'employeur du licenciement libérateur. Ces restrictions sont fondées sur les motifs de ce licenciement, mais c'est le salarié qui doit établir, non seulement les véritables motifs mais encore les circonstances qui, entourant le licenciement, lui confèrent la qualification d'abusif.

Des efforts pour modifier cet état d'esprit de la jurisprudence ont été entrepris en doctrine. Ces efforts visaient à obtenir une sécurité plus grande pour le salarié dans son poste de travail. La perte de son emploi ne saurait dépendre de la libre volonté et des appréciations unilatérales de l'employeur mais d'un statut professionnel conférant des garanties institutionnelles au salarié (1). Ces efforts ont été fructueux dans d'autres domaines de la rupture du contrat de travail et, en particulier ont démontré que le postulat de la réciprocité, dans cette rupture, était un mythe. Mais ils n'ont pas réussi à soumettre le licenciement du salarié à des conditions de fond découlant d'un statut professionnel. Toutefois, l'évolution ne peut aller que dans ce sens.

Le droit hellénique adopte une position analogue. Le licenciement constitue un droit pour l'employeur qui peut l'exercer librement, en observant certes les conditions de forme auxquelles le congé est soumis. Aucune véritable condition de fond n'est requise. Mais l'exercice de ce droit est soumis aux limitations de l'article 281 du Code civil (2) qui interdit l'exercice abusif des droits.

(1) G.-H. Camerlynck, De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement, J.C.P. 1958.I.1425; du même auteur, La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre. D. 1967, Chr., p. 101 et s.

(2) *Supra* Introduction II, E.

L'article 281 du Code civil grec ne pose pas une condition de fond à l'exercice du droit de licenciement reconnu à l'employeur. Il apporte seulement une limitation dans cet exercice (3). Il interdit à l'employeur de procéder à un licenciement qui, étant donné les circonstances concrètes de l'espèce, dépasse, d'une façon évidente, les limites posées par la bonne foi et les bonnes mœurs ou par son but, soit économique soit social.

Dans l'esprit de la jurisprudence de l'Aréopage, le congé est un droit reconnu à l'employeur mais son exercice, comme l'exercice de tous les droits, est soumis à la limitation de l'article 281 du Code civil (4).

En droit grec, il n'existe pas de conditions de fond, au sens exact de ce terme, concernant le licenciement. L'employeur n'a pas à prouver ses motifs. Du moment qu'il observe les conditions de forme posées par la loi, il n'a à fournir aucune autre justification de son action. C'est au salarié d'établir que son licenciement est abusif, en fournissant la preuve des faits qu'il invoque.

Les droits français et grec ont une conception très proche de la théorie de rupture abusive du contrat de travail. Celle-ci *est une limitation du droit de résiliation unilatérale reconnu à l'employeur et non une condition de fond de son exercice.* Cette conception affaiblit considérablement la protection des salariés contre le licenciement. Par ailleurs, elle conduit à faire peser sur le salarié la charge de la preuve de la rupture abusive. Car l'interdiction de l'abus d'un droit n'étant pas une condition de son exercice, il n'appartient pas au titulaire du droit de prouver l'absence d'abus. Au contraire il appartient au salarié de prouver l'abus car il constitue une limitation à l'exercice du droit. Le travailleur doit donc prouver que l'employeur a violé les limites légales.

Nous envisagerons ultérieurement le problème de la preuve, mais il faut signaler ici son incidence sur la question de l'existence de conditions de fond au droit de licenciement.

L'absence de conditions de fond renforce le poids des conditions extrinsèques auxquelles le licenciement est soumis. Le juge, surtout en Grèce, est très strict quant au contrôle de l'observation des conditions extrinsèques. C'est le moyen le plus efficace pour parvenir à une certaine sécurité de l'emploi en absence d'un contrôle effectif sur les motifs du licenciement.

(3) Capodistrias, L'abus de droit dans la dénonciation du contrat de travail, 2e éd. 1947, p. 6; du même auteur, Ermak, art. 669, n° 52 et la bibliographie citée; adde : Toussis-Stavropoulos, *op. cit.*, p. 361, note 5.

(4) A.P. n° 781/1964, E.E.D. 1965, p. 148; 160/1965, E.E.D. 1965, p. 527; 620/1965, E.E.D. 1966, p. 147.

Les droits allemand et italien sont les plus avancés dans cette voie. Ils adoptent en pratique, sinon en théorie juridique, de véritables conditions de fond pour le licenciement.

Le droit allemand a poursuivi une longue évolution (5). Avant la guerre de 1914-1918 le droit allemand, marqué par le libéralisme économique de l'époque, adoptait le principe de la liberté de congédiement de part et d'autre. Cette liberté de licenciement n'était limitée que sur des points secondaires.

Après 1914, les limitations au droit de congédiement ont été multipliées. Des dispositions légales ont soumis le licenciement à diverses conditions, telles que le paiement d'une indemnité ou l'assentiment d'une autorité administrative. Ces restrictions ont été augmentées et diversifiées sous le régime national-socialiste. La loi du 10 août 1951 sur la protection contre le licenciement constitue aujourd'hui le texte de base de la réglementation. Par ailleurs, des dispositions relatives au licenciement sont contenues dans certaines autres lois concernant surtout des catégories particulières de salariés (6).

L'ensemble de ces dispositions est qualifié de « limitations au licenciement » (Kündigungsbeschränkungen) ou « droit de protection contre le licenciement » (Recht des Kündigungsschutzes).

Ces limitations (7) se divisent en deux groupes d'après le but poursuivi : celles qui visent à combattre le chômage ou à obtenir une meilleure répartition de la main-d'œuvre et celles qui visent à protéger le salarié, envisagé d'un point de vue individuel, contre la perte de son poste de travail. Aujourd'hui, seules les dispositions des paragraphes 15-20 KSchG sur la protection contre le licenciement collectif font partie du premier groupe. Le deuxième groupe est maintenant le plus important.

Le paragraphe 1 de la loi du 10 août 1951 (KSchG) stipule (8) que le licenciement d'un salarié ayant une ancienneté supérieure à six mois sans interruption dans la même entreprise et un âge supérieur à vingt ans, est inefficace s'il est socialement injustifié.

Le même paragraphe 1 nous fournit par la suite (9) une définition du licenciement « socialement injustifié ». Est considéré comme tel

(5) Hueck-Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, p. 121 et s.

(6) Voir le recueil de ces textes *in* Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, p. 265 et s.

(7) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 617 et s.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5e éd. 1957, p. 220 et s.; Nikisch, Arbeitsrecht, 3e éd. 1961, p. 748 et s.; Schnorr von Carosfeld, Arbeitsrecht, 2e éd. 1954, p. 370 et s.; Molitor, Die Kündigung, 2e éd. 1951, p. 158 et s.

(8) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, der länger als sechs Monate ohne Unterbrechung in demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt ist und das 20 Lebensjahr vollendet hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(9) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch

tout licenciement qui n'est pas imposé par des raisons se rapportant soit à la personne ou au comportement du salarié, soit à des nécessités impérieuses de l'entreprise et qui s'opposent à ce que le salarié continue à occuper son emploi.

Il incombe à l'employeur d'apporter la preuve de ces circonstances qui lui imposent le licenciement.

Le but essentiel du paragraphe 1 KSchG est de ne reconnaître comme valable que le licenciement qui est socialement justifié. La doctrine en conclut que cette disposition a signifié l'abandon du principe de la liberté pour l'employeur de procéder à un licenciement ordinaire. Ce principe a été remplacé par le souci de la protection de la stabilité de la relation de travail (10).

Certes, la loi du 10 août 1951 ne pose pas l'existence de certains motifs comme conditions de validité du licenciement ordinaire. Sa technique juridique est indirecte. Dans un premier stade, elle déclare inefficace le licenciement socialement injustifié. Dans un deuxième stade, elle déclare que le licenciement est socialement injustifié si l'employeur ne prouve pas l'existence de certaines conditions. *Ceci conduit, en réalité, à faire dépendre la validité du licenciement ordinaire de l'existence de ces conditions* (11). *En fait, le droit allemand pose donc des conditions de fond au licenciement libérateur. Ces conditions se rapportent aux motifs du licenciement. Autrement dit, le licenciement ordinaire n'est valable en Allemagne que si l'employeur le motive par des circonstances liées soit à la personne ou au comportement du salarié, soit à des nécessités impérieuses de l'entreprise.* Il doit en plus apporter la preuve des faits qu'il invoque.

Cette réglementation de la question en droit allemand conduit à un véritable contrôle judiciaire des motifs invoqués par l'employeur. Elle est également en progrès sur la réglementation antérieure qui considérait le licenciement ordinaire comme valable indépendamment de ses motifs et elle reconnaissait, sous certaines conditions, un droit à indemnité pour le salarié licencié d'une façon inéquitable ou avec une brutalité non justifiée pour des raisons de bon fonctionnement de l'entreprise. Contrairement à la loi actuelle, la validité du licenciement ainsi prononcé n'était pas mise en cause. L'employeur avait le choix entre la révocation du congé ainsi donné ou son maintien avec paiement d'une indemnité de licenciement (12).

dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betriebe entgegenstehen, bedingt ist. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

(10) Hueck-Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965, p. 125.

(11) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 126.

(12) Hueck-Nipperdey, *op.* et *loc. cit.*

La majorité de la doctrine, appréciant cette évolution, estime que maintenant le droit positif reconnaît au salarié un droit fondamental au maintien de son poste de travail. Il ne doit perdre son poste que s'il existe certaines raisons qui justifient légalement cette perte (13). Ce droit au poste de travail (Recht am Arbeitsplatz) n'a pas, d'après l'opinion dominante en doctrine, la nature juridique d'un droit absolu mais d'un droit relatif (14).

Ce progrès important que constitue l'acceptation de conditions de fond pour la validité du licenciement libérateur, est atténué par une règle de procédure. Il s'agit du paragraphe 3 de la loi du 10 août 1951 (KSchG). Cette disposition prescrit un délai de trois semaines pour que l'intéressé attaque son licenciement s'il l'estime antisocial. Si le recours du salarié n'a pas lieu dans ce délai, le licenciement est considéré comme valable rétroactivement. Le but de cette disposition est de liquider rapidement les litiges qui peuvent naître du licenciement. Néanmoins, elle affaiblit, sur le plan pratique, la signification juridique de l'exigence de conditions de fond pour la valadité du licenciement libérateur (15).

Il faut également signaler que la loi du 10 août 1951 ne s'applique pas à tous les salariés. Il existe des restrictions en ce qui concerne son champ d'application. Ainsi sa protection ne s'applique pas :

1° Aux employés dirigeants (leitende Angestellte) au sens du paragraphe 12 KSchG (16) ;

2° Aux salariés âgés de moins de 20 ans;

3° Aux salariés travaillant dans une entreprise dont les effectifs ne dépassent pas les cinq salariés et aux employés de maison (Hausangestellte) ;

4° *Aux licenciements qui se présentent comme des mesures relevant de conflits collectifs entre salariés et employeurs;*

5° Aux salariés ayant une ancienneté inférieure à six mois dans l'entreprise.

Ces dispositions posent plusieurs questions qui se rapportent aux conditions d'application de la protection accordée par la loi du

(13) Hueck-Nipperdey, *op.* et *loc. cit.* ; Herschel, Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, RdA, 1960, p. 121 et s.; Wiedemann, Subjectives Recht und sozialer Besitzstand nach dem KSchG, RdA, 1961, p. 1 et s.; Hedemann, Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, RdA 1953, p. 121 et s.

(14) Martens, Das Recht am Arbeitsplatz im Schrifttum und nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Kündigungsschutz und Arbeitskampf, thèse, Münster 1963, p. 105 et s ; Hueck, Die Pflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer, Festschrift für Hedemann, 1958, p. 137 et s.

(15) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 628.

10 août 1951. Ces problèmes constituent un domaine important de contrôle judiciaire (17).

Le droit italien pose clairement des conditions de fond à la validité du licenciement. L'article 1er de la nouvelle loi italienne du 15 juillet 1966 sur le licenciement stipule que celui-ci ne peut survenir que pour une juste cause aux termes de l'article 2119 du Code civil ou pour un motif précis et valable. Le dernier alinéa de l'article 2 de la même loi frappe de nullité le licenciement opéré en violation de cette disposition. Son article 3 apporte une définition du motif précis et valable qui justifie un licenciement. Est considéré comme tel, soit le fait que le salarié ne remplit pas ses obligations contractuelles, soit l'existence de raisons inhérentes à l'activité de production, à l'organisation du travail ou au bon fonctionnement de l'entreprise. L'article 5 dispose que la charge de la preuve de la juste cause ou du motif précis et valable incombe à l'employeur.

De cet état du droit positif en Italie, il résulte qu'il n'existe pas seulement des simples limitations au libre exercice du droit de l'employeur de résilier le contrat de travail à durée indéterminée. *De véritables conditions de fond sont requises pour la validité du licenciement.* Autrement dit, celui-ci n'est valable que s'il intervient pour certains motifs prévus par la loi. L'existence de ces motifs, dont la preuve incombe à l'employeur, est soumise au contrôle judiciaire. Le juge exerce donc un contrôle effectif sur les motifs du licenciement libérateur.

De ce bref aperçu des systèmes juridiques que nous avons présenté, quelques observations se dégagent en ce qui concerne le problème de l'existence de conditions de fond requises pour la validité du licenciement libérateur.

Aujourd'hui encore, le principe du libre exercice du licenciement libérateur résiste solidement aux nécessités imposées par les transformations économiques et sociales. Toutefois, l'évolution déjà amorcée par la jurisprudence française et annoncée par la loi du 27 décembre 1890, vers la limitation de ce principe, n'est pas encore achevée. Une évolution analogue s'est également produite dans les autres droits européens, dont le degré d'évolution n'est pas actuellement identique.

(16) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 12, nc 5 et s., p. 183; Herschel, Die leitenden Angestellen im KSchG, RdA 1962, p. 59 et s.

(17) Hueck, *op. cit.*, § 1, nos 2-21, pp. 48-58 avec de nombreuses références en doctrine et en jurisprudence. Sur le problème général de la protection contre le licenciement des salariés auxquels la loi du 10 août 1951 ne s'applique pas, voir Bührig, Der Kündigungsschutz der nicht vom KSchG erfassten Arbeitnehmer, RdA, 1955, p. 265 et s.

D'une manière générale, les droits français et grec s'en tiennent au principe de la liberté du licenciement. Ils lui apportent toutefois *des limitations* en se fondant sur la technique juridique de l'abus de droit. Leur tendance, qui est assez claire surtout en droit français, est de transformer ces limitations en conditions de validité du licenciement. La jurisprudence française évolue en ce sens.

Les droits allemand et italien qui, il faut le rappeler, sont dotés de textes législatifs réglementant le licenciement, soumettent, en pratique, le licenciement libérateur à des conditions de fond qui sont requises à peine d'inefficacité. Ces conditions se rapportent aux motifs du licenciement, ce qui conduit à l'existence d'un contrôle judiciaire de ces derniers.

C'est à cause de cette évolution générale que nous avons intitulé ce chapitre « Contrôle judiciaire des conditions de fond ». Car, en fait, les droits belge, français et grec ne posent pas de telles conditions au licenciement libérateur. Il s'agit, dans une certaine mesure, d'une anticipation.

La liberté, plus ou moins grande, de l'employeur dans le domaine du licenciement trouve son fondement dans le pouvoir de direction qui lui est reconnu par les systèmes juridiques que nous examinerons ici (18).

Une différence d'ordre essentiellement terminologique est à retenir entre les droits français et allemand. Le premier adopte le terme « pouvoir de direction du chef d'entreprise » tandis que le second celui de « droit de direction de l'employeur » (Direktionsrecht des Arbeitgebers). La formule du droit français est d'inspiration publiciste et relève d'une conception institutionnelle de l'entreprise. A ce propos, il est significatif que le terme « droit de direction » adopté par Paul Durand (19) n'ait pas été retenu par la doctrine et la jurisprudence française. Ce dernier terme, adopté par les droits allemand et grec, s'inspire au contraire du droit privé. Cette différence témoignant, sur le plan de la théorie juridique, de la différence de structure entre les droits allemand et français, ne présente, sur le plan pratique, qu'un intérêt très réduit.

(18) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 307 et s., p. 247 et s; Durand et Jaussaud, tome I, nos 352 et s., p. 340 et s.; Brun et Galland, III.98, p. 783 et s.; J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 4e éd. 1966, p. 104 et s.; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 158 et s.; Kaskel-Dersch, op. cit., p. 146 et s.; Nikisch, *op. cit.*, p. 255 et s.; Schnorr von Carolsfeld, *op. cit.*, p. 111 et s.; Molitor, Grund und Grenzen des Weisungsrechts, RdA, 1959, p. 2 et s.; Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 132 et s.; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 82 et s.; Capodistrias *in* Ermak, art. 652, n° 12 et s.; Veriopoulos, Observations sur le droit de direction de l'employeur, E.E.D. 1956, p. 817 et s.

(19) *Op.* et *loc. cit.*

L'examen de ce pouvoir de direction est hors de notre sujet. *Il nous appartient seulement de rechercher comment le juge conçoit ce pouvoir de l'employeur en matière de licenciement. Autrement dit, il s'agit d'examiner l'intervention du juge en vue d'un contrôle de l'usage de ce pouvoir utilisé par l'employeur dans le domaine du licenciement.*

Nous envisagerons donc, en premier lieu, la justification du licenciement par le pouvoir de direction du chef d'entreprise et, en second lieu, les restrictions jurisprudentielles au libre exercice du licenciement pour motif économique.

Section I.

LA JUSTIFICATION DU LICENCIEMENT PAR LE POUVOIR DE DIRECTION DU CHEF D'ENTREPRISE

Il n'y a pas unanimité quant au fondement du pouvoir de direction reconnu à l'employeur (20). Les uns le justifient par le droit que l'employeur tient de la propriété et du contrat vis-à-vis des travailleurs embauchés en vertu d'une convention dont le critère est la subordination juridique. Les autres le justifient par le rôle et les responsabilités du chef de la communauté professionnelle. Ils voient dans le caractère fonctionnel de ce pouvoir les limites qui lui sont, en même temps, assignées. Mais, quel que soit le fondement juridique de ce pouvoir, ses effets relatifs au droit de l'employeur de procéder à des licenciements, sont à peu près identiques.

Habituellement, l'employeur peut, en vertu de son pouvoir de direction, prendre des mesures d'ordre soit général soit individuel. Il s'agit de mesures qui, bien sûr, entraînent des licenciements. Nous envisagerons successivement ces deux aspects de son pouvoir.

Sous-section 1.

MESURES D'ORDRE GENERAL

L'employeur peut, en vertu de son pouvoir de direction, fonder une entreprise, la gérer ou la fermer. Mais ceci ne veut pas dire que l'employeur est entièrement libre de son entreprise. Car il n'est pas le seul à diriger une entreprise.

(20) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 302 et s., p. 267 et s.

L'évolution d'une firme dépend beaucoup aujourd'hui de la concurrence sur le plan national et international. Ce dernier facteur prend une importance grandissante. L'existence de la Communauté Economique Européenne et le dernier accord intervenu à Genève sur l'abaissement des tarifs douaniers lors de la « négociation Kennedy » (Kennedy round), témoignent de l'influence considérable qu'a prise de nos jours la compétition internationale sur la vie des entreprises.

Dans ce contexte, les limites du pouvoir de direction de l'employeur sont facilement perceptibles. Elles sont déterminées par la conjoncture économique. Mais les facteurs économiques étrangers à l'entreprise étant pris en considération il reste un champ d'action assez large pour l'employeur dans la gestion de celle-ci. Il appréciera la situation économique dans laquelle évolue son entreprise et il prendra les mesures qu'il juge nécessaires ou appropriées pour assurer sa bonne marche. Ces mesures ont habituellement des répercussions sur l'emploi.

En présence d'une mesure, telle qu'une compression du personnel, on pourrait poser la question suivante : est-ce que l'employeur *a été contraint* à prendre cette mesure par l'évolution défavorable des facteurs économiques ou est-ce qu'il l'a prise librement, tout *en restant* maître de ces facteurs ? Dans le premier cas, l'employeur avait une marge d'action très réduite puisqu'il a été dominé par l'évolution défavorable des facteurs économiques. Dans le second cas, l'employeur a pris ladite mesure tout en dominant les circonstances économiques et en ayant, par conséquent, une marge d'action assez grande. Bref, dans la première hypothèse l'employeur agit *pour faire survivre* son entreprise tandis que dans la seconde il agit dans le but *de développer son affaire et augmenter son patrimoine.*

Si cette distinction avait été adoptée, elle aurait pu avoir comme conséquence pratique un contrôle judiciaire renforcé des licenciements résultant d'une mesure prise dans les termes de la seconde hypothèse tandis que les licenciements visés par la première hypothèse auraient été justifiés beaucoup plus facilement.

Mais une telle distinction n'a pas été amorcée ni en doctrine ni en jurisprudence. La raison en est que malgré la clarté logique de son fondement, il est très difficile de la transposer dans la pratique. En effet, il est extrêmement délicat de dire, en présence d'une situation réelle, si la mesure prise par l'employeur l'a été pour sauver son entreprise ou pour la développer. Car en fin de compte, les mesures visant le développement d'une entreprise sont les meilleures pour assurer sa survie dans le contexte économique moderne. Une entreprise qui ne se développe pas est aujourd'hui condamnée à court terme ou à long terme. On peut donc dire que le bon fonctionnement

de l'entreprise, auquel la jurisprudence se réfère si souvent, ne signifie en réalité que son développement.

A ce propos, la jurisprudence française présente une nuance par rapport aux jurisprudences allemande et grèque. Ces dernières, quand elles font appel au droit de direction de l'employeur, mettent toujours en relief la nécessité économique qui a imposé à l'employeur la mesure ayant entraîné les licenciements. Autrement dit, elles déplacent quelque peu la responsabilité des licenciements vers des causes étrangères à la volonté de l'employeur. La jurisprudence française se contente, au contraire, de faire appel au bon fonctionnement de l'entreprise que l'employeur apprécie souverainement en vertu de son pouvoir de direction.

Cette nuance peut constituer le point de départ d'une évolution. Pour le moment, elle ne présente qu'un intérêt théorique.

Les licenciements résultant d'une mesure d'ordre général prise par l'employeur sont soumis au contrôle judiciaire. A ce propos, le problème de l'ordre des licenciements, en cas de licenciement collectif, présente un intérêt particulier.

A. — Le contrôle judiciaire du licenciement résultant d'une mesure d'ordre général prise par l'employeur.

Dans l'esprit de la jurisprudence française le chef d'entreprise a de larges pouvoirs dans la gestion de son affaire. Elle estime que ces pouvoirs sont la contrepartie du risque de l'entreprise dont son chef porte la responsabilité. Il peut, en conséquence, prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires pour assurer son bon fonctionnement. Ses appréciations à cet effet sont un domaine tenu hors de tout contrôle du juge. Il peut adapter les différents facteurs de production à la conjoncture économique du moment et modifier, en conséquence, ses effectifs.

Les licenciements provoqués par la mauvaise situation économique et la fermeture consécutive de l'usine ne sont pas abusifs (21). De même, l'employeur peut licencier les gérants d'une succursale en raison de la baisse constante du chiffre d'affaires (22). En cas de pertes financières ou de baisse d'activité, l'employeur peut également procéder à une compression des dépenses par suppression d'emplois. Les licenciements qui en résultent ne sont pas abusifs (23).

(21) Cass. soc. 9 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 214.
(22) Cass. soc. 22 avril 1966, Bull. civ. 1966, IV, n° 366, p. 312.
(23) Cass. soc. 26 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 87; 2 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 523; 12 octobre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 638; 30 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 752.

Le fait que les difficultés de l'employeur aient été surmontées par la suite ne confère pas au licenciement un caractère abusif (24). Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les mauvais résultats soient imputables au salarié. Ainsi, il a été jugé que l'employeur qui constate une baisse continue du volume des ventes dans le secteur prospecté par un représentant peut estimer nécessaire de s'en séparer. La preuve que cette baisse n'était pas imputable au représentant ne rend pas le licenciement abusif (25). Dans les hypothèses précédentes, l'employeur n'est pas obligé de fournir un autre poste, même inférieur, au salarié licencié (26).

Dans ces espèces, l'employeur avait été contraint par une mauvaise conjoncture économique à prendre des mesures de licenciements. La jurisprudence les justifie. Il s'agit d'une appréciation constante en ce sens de la Cour de cassation dont nous n'avons cité que les exemples les plus récents.

Mais l'employeur peut réorganiser son entreprise. L'évolution scientifique et technique lui offre de nouvelles possibilités. Ces mesures entraînent des licenciements qui se justifient aux yeux de la jurisprudence (27). Elle estime que l'employeur est seul juge *de l'opportunité* de réorganiser son entreprise en vue d'un meilleur rendement (28).

Il ne faut point que la réorganisation de l'entreprise soit imposée par la force majeure pour que cette mesure soit légale. Un arrêt qui avait estimé un licenciement abusif au motif que la réorganisation, invoquée par l'employeur, n'avait pas été imposée par la force majeure, a été cassé par la Cour de cassation (29). L'employeur est également seul juge de l'emploi auquel il estime devoir affecter chacun de ses salariés (30).

Le licenciement n'est pas abusif quand il est décidé dans les limites et à l'occasion de la fusion envisagée avec une autre entreprise, mesures imposées par les difficultés financières de l'entreprise (31). Par ailleurs, lorsque le licenciement a été imposé par une concentration des activités de la société, le fait que cette concentration ait été entachée de nullité comme n'ayant pas été autorisée par la C.E.C.A. ne peut rendre ce congédiement abusif (32).

(24) Cass. soc. 20 juin 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 873; Inf. Chef d'Entr. 1958.818.
(25) Cass. soc. 17 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 509.
(26) Cass. soc. 7 mars 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 193.
(27) Cass. soc. 21 juin 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 417; 17 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 722.
(28) Cass. soc. 6 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 575.
(29) Cass. soc. 11 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 322.
(30) Cass. soc. 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 108.
(31) Cass. soc. 24 juin 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 445.
(32) Cass. soc. 11 décembre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 996.

Le juge appréciera parfois le but économique poursuivi et non le fondement des appréciations de l'employeur. Ainsi, une société qui licencie une femme, représentant de commerce, dans le but d'assurer une meilleure marche de l'entreprise ne commet aucun abus de droit même si l'application d'un tel programme répond à des préjugés contre l'emploi des femmes dans le réseau des ventes (33). Même si l'employeur utilise le prétexte d'une réorganisation inexistante pour licencier un de ses salariés au profit d'un tiers, il ne fait pas toujours un usage abusif de son droit de licenciement. Un arrêt qui avait estimé le contraire a été censuré par la Cour de cassation (34).

En général, il n'appartient pas au juge d'apprécier l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Il ne peut pas, en particulier, se substituer à lui dans l'appréciation de son intérêt ni dans celle des qualités qu'il estime pouvoir attendre de ses collaborateurs (35).

Le droit allemand adopte une position analogue quant à la signification, dans le domaine du licenciement, du droit de direction de l'employeur. Mais sa position est plus nuancée.

Il faut rappeler que le paragraphe 1 KSchG considère, dans son chapitre 2, comme socialement injustifié le congédiement qui n'est pas imposé par des « nécessités *impérieuses* de l'entreprise » (*dringende* betriebliche Erfordernisse). Ce terme vise à apporter une certaine limite au droit de direction de l'employeur car, contrairement au droit antérieur, il ne considère pas comme suffisantes les seules « nécessités économiques ». Il exige que celles-ci soient « impérieuses ».

Cette modification dans la terminologie juridique apportée par la loi du 10 août 1951 a une signification pratique. D'après la jurisprudence allemande, les termes « dringende betriebliche Erfordernisse » signifient que le licenciement n'est justifié que s'il est vraiment nécessaire dans l'intérêt de l'entreprise. *Le juge doit examiner, en conséquence, si le licenciement n'aurait pu être évité par d'autres procédés, notamment par une réduction générale des heures de travail, à moins qu'une telle mesure n'ait pas été économiquement, organiquement ou techniquement supportable par l'entreprise* (36).

Toutefois, la doctrine et la jurisprudence considèrent que le juge ne peut pas apprécier l'opportunité économique ou technique des mesures prises par l'employeur (37). La position jurisprudentielle

(33) Cass. soc. 6 janvier 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 19.
(34) Cass. soc. 21 juillet 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 506.
(35) Cass. soc. 21 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 564.
(36) Hueck, *op. cit.*, § 1, n° 36*a*, p. 81 et s. avec des références en jurisprudence.
(37) Hueck, *op. cit.*, n° 36*b*, p. 82; Nikisch, *op. cit.*, p. 762.

est la même à propos des mesures de rationalisation (Rationalisierungsmassnahmen) prises par l'employeur. Il ne lui appartient pas d'apprécier leur opportunité économique ou technique. Mais il doit examiner si, lors de leur application dans l'entreprise, les considérations sociales quant au choix des salariés licenciés ont été observées (38).

Ce bref résumé de la question telle qu'elle se présente en droit allemand, montre les différences qui existent entre les droits français et allemand à propos de ce problème. Ces différences sont beaucoup plus intéressantes quand on les approche d'un point de vue évolutif. On constate, à ce propos, que la jurisprudence allemande a posé les premiers éléments d'une évolution vers une limitation du pouvoir de direction de l'employeur, au moins en ce qui concerne les mesures de licenciement.

Le nouvel article 23, alinéa 5 (39), exige que le jugement mentionne le motif allégué par l'auteur de la rupture. Cette réforme, qui apparaissait considérable, a été largement neutralisée par la jurisprudence (40). En effet, l'employeur peut omettre de fournir au salarié les motifs du licenciement. La Cour suprême estime que cette omission n'est pas, à elle seule, constitutive d'une faute de la part de l'employeur, et donc que le licenciement n'est pas abusif (41). Même la volonté *manifestée par l'employeur* de ne point donner le motif du congédiement, n'est pas, en soi, constitutive d'un abus du droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée (42). Il peut seulement invoquer le « mauvais caractère » du salarié sans autre précision (43).

Le droit allemand adopte, à propos de cette question, un point de vue plus nuancé. La communication du motif du licenciement ne constitue pas, en général, une condition de validité. Telle est l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence allemande (44). Toutefois, la convention collective ou le contrat individuel peuvent obliger l'employeur à communiquer le motif du licenciement. Dans

(38) Hueck, *op. cit.*, n° 37, p. 83; Nikisch, *op. cit.*, p. 763; adde, Horning, Die betriebsbedingte Kündigung, RdA, 1955, p. 132; Schmidt, Betriebsrationalisierung und Kündigungsschutz, RdA, 1954, p. 170; Schlessmann, *op. cit.*, p. 273 et .s

(39) Loi du 19 juillet 1928.

(40) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 154, p. 138.

(41) Cass. soc. 2 juillet 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 686; Inf. Chef d'Entr. 1959.983; 23 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 234; 25 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 436; 17 mai 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 365; 22 avril 1966, Bull. civ. 1966, IV, n° 365, p. 312.

(42) Cass. soc. 21 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 958.

(43) Cass. soc. 16 décembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 727.

(44) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 552 et la jurisprudence citée; Molitor, Die Kündigung, 2e éd. 1951, p. 103; Nikisch, *op. cit.*, p. 693; Schnorr von Carolsfeld, *op. cit.*, p. 361.

ce cas, il appartient au contrôle judiciaire d'apprécier si cette obligation constitue une condition de validité du congé ou une simple obligation dont la violation donnera lieu à l'allocation de dommages-intérêts en faveur du salarié. L'appréciation du juge dépend de l'interprétation qu'il donnera à la volonté des parties contractantes.

Un problème différent se pose, à savoir si l'employeur n'est pas obligé de communiquer le motif du congé en raison des principes généraux de bonne foi et de devoir d'assistance (Fürsorgepflicht). La reconnaissance, dans un cas concret, que ces principes lui imposent cette obligation et la violation de cette dernière n'aurait pas pour conséquence la nullité du congé mais elle constituerait une violation de ses obligations contractuelles. Elle donnerait donc lieu à l'allocation, en faveur du salarié ainsi licencié, de dommages-intérêts destinés à la réparation du préjudice qu'il aurait subi à cause de cette violation.

Les salariés protégés par la loi du 10 août 1951 (KSchG) qui constituent, en fait, la grande majorité des salariés, ont un intérêt certain à connaître le motif de leur licenciement. Ils apprécieront si, en présence de ce motif, ils peuvent attaquer leur licenciement comme antisocial dans le délai légal de trois semaines. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent, en conséquence, que l'employeur est obligé de communiquer au salarié le motif de son licenciement (45). Cette obligation fait défaut si, comme c'est souvent le cas, le salarié le connaît déjà.

Mais nous n'entrerons pas dans plus de détails à propos de cette question. Ce que nous devons retenir, c'est que *l'employeur est pratiquement obligé de communiquer le motif du licenciement* d'un salarié protégé par la loi du 10 août 1951 pour se défendre contre l'action de celui-ci visant à faire déclarer son licenciement antisocial. Pour sortir victorieux de cette épreuve judiciaire, il ne doit pas seulement communiquer mais apporter la preuve des faits constituant le motif de renvoi qu'il a invoqué.

La différence entre les droits allemand et français est donc essentielle.

La jurisprudence française considère d'une façon constante que l'énonciation d'un motif de renvoi inexact n'est pas constitutive, en soi, d'une faute ou d'une légèreté blâmable de la part de l'employeur (46). La Cour suprême a estimé également que le fait de donner à l'inspecteur du travail un motif erroné en vue d'obtenir

(45) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 553; Nikisch, *op. cit.*, p. 694.

(46) Cass. soc. 21 juillet 1965,, précité; 10 octobre 1958, J.C.P. 1958.II.11052; 8 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 888; 25 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 837; 17 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 179; 20 janvier 1961, Bull. civ, 1961, IV, p. 74.

son autorisation de licencier ne suffit pas à conférer à ce licenciement un caractère abusif (47). La preuve, lors du procès, que les fautes imputées à l'employeur n'étaient pas établies ne suffit pas non plus à rendre le licenciement abusif (48). L'inexactitude du motif allégué même s'il s'accompagne de la constatation que le salarié donnait satisfaction dans son emploi ne peut pas rendre son licenciement abusif (49). Enfin, la contradiction entre les motifs de renvoi et le certificat élogieux délivré au départ ne nuisent point au licenciement prononcé. Le juge se contentera de l'affirmation de l'employeur suivant laquelle il a délivré un tel certificat à l'ouvrier dans un but strictement charitable pour lui permettre de retrouver un emploi (50).

Le pouvoir de direction donne à l'employeur le droit de procéder à un licenciement immédiat. Du moment qu'il verse à son salarié l'indemnité de préavis, il ne commet pas, à défaut de circonstances particulières, un abus de droit en procédant à un tel congédiement (51).

Par ailleurs, l'ancienneté d'un salarié ne suffit pas, à elle seule, à rendre abusif son licenciement (52), pas plus que la seule circonstance qu'il n'a commis aucune faute (53). Un arrêt a également estimé que l'ancienneté des services, l'absence de faute et le brusque renvoi ne suffisent pas à conférer au congédiement un caractère abusif (54).

L'employeur peut également licencier son salarié pendant la durée de suspension de son contrat de travail pour maladie (55) ou à la suite d'un accident de travail (56), à condition d'invoquer un autre motif que celui pour lequel la suspension est intervenue. De même, n'est pas abusif le renvoi d'une ouvrière en état de grossesse dès lors qu'il est établi que cette situation n'avait pas été la cause de son licenciement et qu'elle ne prouvait aucune faute ou légèreté blâmable de l'employeur qui invoquait une réduction de personnel (57). En général, le renvoi en dehors de la période protégée, d'une femme en état de grossesse ne constitue pas par lui-même, une faute; il appartient à la salariée de rapporter la preuve que le congédiement s'est accompagné de malveillance ou de légèreté

(47) Cass. soc. 19 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 682; Inf. Chef d'Entr. 1961.33.
(48) Cass. soc. 9 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 25.
(49) Cass. soc. 17 novembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 668.
(50) Cass. soc. 7 juillet 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 579; D. 1960.574.
(51) Cass. soc. 7 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 479.
(52) Cass. soc. 14 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV. p. 789.
(53) Cass. soc. 5 décembre 1962, deux arrêts, Bull. civ. 1962, pp. 726 et 727.
(54) Cass. soc. 5 juillet 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 499.
(55) Cass. soc. 6 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 179; 22 avril 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 314.
(56) Cass. soc. 7 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 634.
(57) Cass. soc. 13 juin 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 499; D. 1957.731.

blâmable (58). Il reste à savoir quelle sera l'influence sur cette jurisprudence de la loi du 30 décembre 1966 qui interdit le licenciement d'une femme en état de grossesse médicalement constaté.

Le pouvoir de direction du chef d'entreprise implique qu'il peut supprimer cette dernière et, par conséquent, licencier l'ensemble de de son personnel. Il peut prendre cette décision non seulement quand la poursuite de l'exploitation est compromise par une mauvaise évolution des facteurs économiques mais également s'il veut fonder d'autres entreprises qu'il estime plus rentables économiquement. La preuve que la poursuite de l'exploitation était économiquement possible n'a aucune incidence sur la validité des licenciements qui ont résulté de sa fermeture. « L'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de l'emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail » (59). Par ailleurs, l'employeur peut gérer son entreprise comme il l'entend et les fautes de gestion, qu'il a éventuellement commises, n'ont aucune incidence sur la validité des licenciements résultant de la cessation de son activité.

Telle est, en bref, l'opinion de la Cour de cassation à propos des licenciements consécutifs à la fermeture de l'entreprise. Elle a été formulée à l'occasion de la fameuse affaire des établissments Brinon (60). Nous n'insisterons pas sur cette affaire bien connue et abondamment commentée. Nous signalerons toutefois que la jurisprudence est constante dans ce sens.

Le droit allemand adopte une opinion analogue à ce sujet. Il est généralement estimé que la fermeture de l'entreprise (61) est une mesure qui dépend exclusivement de la décision de l'employeur (62). Lors de l'action en protection intentée par le salarié, le juge ne doit examiner ni la nécessité ni l'opportunité de cette mesure (63). Telle

(58) Cass. soc. 16 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 210; Inf. Chef d'Entr. 1964.723.

(59) Cass. soc. 31 mai 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 369; D. 1958.21, note Levasseur; J.C.P. 1956.II.9397, obs. Esmein; S. 1956.8; adde, les observations de M. A. Brun *in* La jurisprudence en droit de travail, 1967, p. 313 et s.

(60) Cass. soc. 31 mai 1956, précité; 3 janvier 1958, D. 1958.97; J.C.P. 1958.II.10533; S. 1958.90; Inf. Chef d'Entr. 1958.306; Paris, 14 septembre 1954, J.C.P. 1955.II.8559, note Brèthe de la Gressaye; Dr. soc. 1955.618, note Danel.

(61) Kalb, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsstillegung, RdA, 1965, p. 367 et s.

(62) Die *Stillegung des Betriebes* ist eine unternehmerische Massnahme, die ausschliesslich von der Entscheidung des Arbeitgebers abhängt, Hueck, *op. cit.*, n° 37*b*, p. 85.

(63) Im Kündigungsschutzprozess ist die Notwendigkeit oder Zweckmässigkeit der Betriebsstillegung nicht nachzuprüfen, Hueck, *op.* et *loc. cit.*

est l'opinion dominante en Allemagne. Toutefois, certains auteurs (64) pensent que le juge doit apprécier si la fermeture de l'entreprise ne pourrait pas être évitée par d'autres mesures, par exemple, une réduction des horaires de travail. Ils s'appuient sur la phrase d'une décision du Tribunal Fédéral du Travail. Mais cette tendance est critiquée par la majeure partie de la doctrine.

D'après Hueck on n'a pas à examiner si des raisons économiques obligent à la fermeture de l'entreprise. Le chef d'entreprise peut la fermer par exemple à cause de son âge ou parce qu'il estime que le risque est devenu trop grand ou s'il veut disposer autrement de son capital (65).

Le point de vue du droit allemand est donc très proche de celui du droit français à propos du contrôle judiciaire des licenciements consécutifs à la fermeture de l'entreprise (66).

B. — Le problème de l'ordre des départs en cas de licenciement collectif.

En cas de licenciement collectif, le salarié se trouve protégé par les dispositions légales et conventionnelles propres au licenciement collectif (67).

L'article 10 de l'ordonnance du 24 mai 1945 prescrit que l'employeur est tenu d'établir un règlement intérieur « qui déterminera notamment, à défaut des dispositions contenues dans une convention collective applicable à l'établissement, les règles générales relatives à l'ordre du licenciement en cas de licenciement collectif, compte tenu des charges de famille, de l'ancienneté des services et des qualités professionnelles ».

La promulgation de ce texte a été alors interprétée comme une limitation apportée au pouvoir de direction du chef d'entreprise (68). Mais ces espoirs de la doctrine n'ont pas été satisfaits par la jurisprudence.

(64) Auffarth-Müller, rapportés par Hueck, *op.* et *loc. cit.*

(65) Nach richtiger Ansicht kommt es überhaupt nicht darauf an, ob wirtschaftliche Gründe zur Stillegung des Betriebes zwingen; der Unternehmer kann den Betrieb z.B. auch wegen seines Alters stillegen oder weil ihm das Risiko zu gross geworden ist oder er ein Kapital anders anlegen will. Hueck, *op.* et *loc. cit.*

(66) Sur la question particulière du contrôle judiciaire des licenciements en cas de faillite de l'employeur, voir Henri Blaise, La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur, Dr. soc. 1961.537 et 1962.80; Hueck-Nipperdey, *op. cit*, p. 614 et s.; Nikisch, *op. cit.*, p. 741 et s.; Schnorr von Carolsfeld, *op. cit.*, p. 398.

(67) Cass. soc. 5 avril 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 279; Inf. Chef d'Entr. 1962.622.

(68) Durand et Jaussaud, *op. cit.*, tome I, n° 354, p. 433.

Pour mieux étudier la jurisprudence relative à ce problème il faut une distinction entre trois situations :

1° *L'employeur n'a pas établi de règlement intérieur fixant l'ordre des départs en cas de licenciement collectif.*

L'employeur qui ne s'est pas conformé à l'article 10 de l'ordonnance du 24 mai 1945 commet une infraction pénale et est passible d'une amende. Cette faute pénale devrait donner au congédiement un caractère abusif (69). Pourtant la jurisprudence est d'une opinion contraire. Elle estime qu'à défaut d'une convention collective ou d'un règlement intérieur fixant l'ordre des licenciements, la liste des considérations dont il doit être tenu compte d'après l'ordonnance du 24 mai 1945, « ne saurait être ni limitative, ni obligatoirement observée, mais seulement indicative » (70). L'employeur ne peut donc se voir imposer un ordre de licenciements en l'absence d'une convention collective ou d'un règlement intérieur le prévoyant (71). Ainsi l'employeur qui ne s'est pas conformé aux dispositions légales a une liberté d'action plus grande qu'un autre qui s'y était conformé. Le résultat auquel nous conduit cette jurisprudence est donc injuste.

2° *L'employeur a établi un règlement intérieur qui prévoit l'ordre des départs où il existe une convention collective contenant des dispositions à cette fin.*

Dans ce cas, la méconnaissance par l'employeur de l'ordre des départs rend le licenciement abusif (72). L'ouvrier licencié mais qui ne l'eût pas été si l'ordre des licenciements avait été respecté est en droit d'obtenir des dommages-intérêts du fait de cette inobservation, même si cette dernière provenait d'une erreur d'interprétation faite de bonne foi par l'employeur (73). Il en va autrement si l'erreur a été sans conséquence sur la décision prise (74).

Si la convention collective ou le règlement intérieur fixent un ordre des départs, la jurisprudence contrôle l'application effective de ces dispositions. Ainsi la Cour suprême a approuvé les juges du fond

(69) G. Lyon-Caen, note sous Cass. soc. 20 novembre 1963, D. 1964.139.

(70) Cass. soc. 4 mai 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 299; Dr. soc. 1956.488; 5 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 550; 2 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 185; Inf. Chef d'Entr. 1960.1103; 25 octobre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 699; Gaz. Pal. 1962.1.73; 20 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 668. Inf. Chef d'Entr. 1964.338; D. 1964.139, note G. Lyon-Caen.

(71) Cass. soc. 5 octobre 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 537; Inf. Chef d'Entr. 1957.111; 16 mai 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 434; D. 1958.484, 15 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 41.

(72) Cass. soc. 23 avril 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 419; 13 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 662; 19 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 681; 22 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 541.

(73) Cass. soc. 10 mai 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 380.

(74) Cass. soc. 16 juillet 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 498.

qui avaient retenu la faute commise par un employeur ayant compris dans un licenciement collectif, *en infraction aux dispositions de la convention collective*, un salarié à qui il manquait quelques mois de service pour avoir droit à une pension proportionnelle, au lieu d'un autre ayant atteint l'âge de la retraite (75). De même, la Cour de cassation a estimé qu'une compagnie aérienne qui, procédant à un licenciement collectif, prétend licencier en priorité le personnel engagé après une certaine date, *introduit un principe nouveau de discrimination, contraire au règlement intérieur* prévoyant l'établissement de la liste des salariés licenciés selon leur classement professionnel (76).

Dans une autre espèce, très intéressante, l'employeur avait établi une liste des gratifications de fin d'année selon les trois critères de l'ancienneté, des charges de famille et de la valeur professionnelle. Neuf mois plus tard, la liste établie, en fonction des mêmes critères en vue d'un licenciement collectif, était différente sans qu'il fût allégué que la valeur professionnelle des intéressés se fût modifiée entre temps. La Cour suprême en a donc déduit que l'ordre des licenciements avait été établi en fonction de considérations étrangères à celles prévues par l'ordonnance du 24 mai 1945 et que les licenciements étaient empreints de légèreté blâmable (77).

Toutefois, l'ordre des licenciements peut ne pas être respecté lorsque l'entreprise est en liquidation (78).

Lorsque l'employeur observe l'ordre de licenciement prévu dans le règlement intérieur ou la convention collective, les congédiements ainsi prononcés sont valables (79).

L'établissement de la liste des licenciements prête parfois à des litiges. En général, dans le cas où le critère de l'établissement de la liste des licenciements est la valeur professionnelle des salariés, le juge ne peut pas se substituer à l'employeur dans l'appréciation de cette valeur, sauf en cas de fraude. De toute façon, le juge ne peut, pour déclarer injustifiable l'appréciation de l'employeur, se fonder uniquement sur l'ancienneté des salariés en énonçant que si celui-ci les avait vraiment jugés d'une valeur professionnelle médiocre, il ne les aurait pas gardés pendant de nombreuses années. De tels motifs, purement hypothétiques, n'établissent pas qu'une note inférieure à

(75) Cass. soc. 14 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 79.

(76) Cass. soc. 18 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 388.

(77) Cass. soc. 30 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 444.

(78) Cass. soc. 2 février 1956, Dr. soc. 1956.290; Inf. Chef d'Entr. 1956.508; Bull. civ. 1956, IV, p. 87.

(79) Cass. soc. 14 juin 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 551; 5 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 550; 19 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 681.

leur valeur professionnelle réelle a été attribuée intentionnellement aux salariés dans le but de les licencier avant leur tour normal (80).

De même les juges du fond n'ont pas à contrôler la façon dont l'employeur apprécie la qualité professionnelle de ses salariés. Ils ne sauraient donc déclarer abusif le congédiement d'un salarié, compris dans un licenciement collectif, au seul motif que sa valeur professionnelle avait été appréciée plus défavorablement que celle d'autres salariés d'une ancienneté moindre qui n'avaient pas été licenciés (81).

3° *L'employeur a rédigé le règlement intérieur sans respecter les éléments et l'ordre prévus par la loi.*

La jurisprudence a ici tendance a reconnaître pleine liberté à l'employeur du moment qu'il se conforme au règlement qu'il a lui-même rédigé (82). Elle n'attribue à la liste légale qu'une valeur indicative. Ainsi l'employeur a le droit de renverser la hiérarchie des éléments retenus par l'ordonnance du 24 mai 1945. Cette dernière n'oblige pas à tenir compte de l'ensemble des éléments qu'elle énumère. L'employeur peut faire passer la qualité professionnelle, qui, par ailleurs, est souverainement appréciée par lui, avant l'ancienneté et les charges de famille, éléments de caractère objectif et faisant appel à des considérations sociales. Les licenciements opérés dans l'observation d'un tel règlement intérieur ne sont pas abusifs. La Cour suprême a donc cassé les jugements qui avaient émis l'opinion contraire (83).

Telle est la position jurisprudentielle au sujet du problème de l'ordre des départs en cas de licenciement collectif. Elle aboutit, en réalité, à une limitation très faible du pouvoir de direction du chef d'entreprise. Si celui-ci n'a pas prévu un ordre dans le règlement intérieur ou s'il n'existe pas de dispositions dans la convention collective applicable, il peut établir la liste des salariés comme il l'entend. Il peut négliger les indications prévues à cet effet par l'ordonnance du 24 mai 1945, la jurisprudence ne leur attribuant qu'une valeur indicative. Si l'employeur veut prévoir un ordre dans son règlement intérieur, il peut ne tenir compte que de certains éléments prévus par l'ordonnance du 24 mai 1945 ou en renverser l'ordre. Cette position jurisprudentielle est à contre-courant de l'évolution contemporaine de l'entreprise et pose de délicats problèmes à l'effort

(80) Cass. soc. 25 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 438.

(81) Cass. soc. 17 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 715; D. 1967.86; J.C.P. 1967.II.14974 avec une note critique de M. le professeur G.-H. Camerlynck.

(82) G. Lyon-Caen, note précitée.

(83) Cass. soc. 20 novembre 1963, précité; 7 octobre 1964, Gaz. Pal. 1964.2.395.

du législateur en ce domaine. Elle a été, de ce point de vue, critiquée par la doctrine (84).

Bref, un contrôle judiciaire s'exerce effectivement au sujet de l'ordre des départs, s'il existe des dispositions à ce sujet dans le règlement intérieur ou dans la convention collective applicable. En ce cas, le juge examinera si ces dispositions ont été effectivement respectées et justement interprétées. En outre, il santionnera la fraude commise éventuellement par l'employeur lors de l'établissement de la liste des départs.

Cette interprétation de l'article 10 de l'ordonnance du 24 mai 1945 par la Cour de cassation a été l'objet de critiques vives et pertinentes en doctrine. M. le professeur G. Lyon-Caen dans sa note précitée reproche à cette jurisprudence de porter atteinte à la hiérarchie des sources établies en droit du travail. M. le professeur A. Brun (85) lui adresse le même reproche tout en essayant par la suite de présenter certains arguments qui plaident en sa faveur. Mais la doctrine est nettement hostile à cette jurisprudence (86). A ces critiques, nous n'avons qu'à ajouter certains arguments tirés du droit comparé.

Le droit allemand contient à ce sujet une disposition d'une grande importance qui dépasse le cadre du licenciement collectif et s'applique à tout licenciement fait en raison des « nécessités impérieuses de l'entreprise ». Il s'agit de la disposition du chapitre 3 du paragraphe 1 de la loi du 10 août 1951 traitant le problème du choix du travailleur qui doit être licencié dans une telle circonstance.

Nous avons signalé que le congédiement d'un salarié n'est pas « socialement injustifié » s'il est fait en raison des nécessités impérieuses de l'entreprise. Le paragraphe 1,3 (87) stipule que le licenciement ainsi opéré peut être socialement injustifié si l'employeur n'a pas du tout tenu compte ou n'a pas suffisamment tenu compte des considérations sociales *pendant qu'il opérait le choix* du salarié à licencier. Ces considérations sociales peuvent ne pas être observées si des raisons économiques ou techniques, ou d'autres besoins justifiés de l'entreprise

(84) G.-H. Camerlynck, La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre, D. 1967, Chr., p. 102 et s.

(85) La jurisprudence en droit du travail, 1967, p. 416.

(86) Brun et Galland, *op. cit.*, III-90, p. 773; J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 4e éd. 1966, p. 515; P. Bizière, L'ordre des départs en cas de licenciement collectif, Inf. Chef d'Entr. 1961, p. 3 et s.

(87) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Das gilt nicht, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechtigte betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen.

nécessitent la conservation d'un ou plusieurs salariés déterminés et par là s'opposent à un choix d'après les considérations sociales.

La portée de cette disposition est très grande car c'est autour d'elle que se livre fréquemment la bataille opposant le salarié intéressé à son employeur. Comme en France, les nécessités impérieuses de l'entreprise justifient le licenciement. Mais, en dépit de ces nécessités, le licenciement peut être antisocial si l'employeur n'a pas opéré « socialement » le choix du salarié qui doit être sacrifié. S'il a fait ce choix en n'observant pas ou en n'observant pas suffisamment les considérations sociales, le licenciement qu'il a prononcé sera qualifié d'antisocial. Mais ce ne sera pas le cas si la liberté de choisir a été restreinte pour l'employeur. En effet, sa marge de choix peut être réduite si des nécessités économiques ou techniques ou d'autres nécessités justifiées de l'entreprise exigent le maintien de certains salariés déterminés. Le choix de l'employeur ne pourrait donc pas s'étendre à ces derniers car il ne peut pas les licencier à la place du salarié intéressé (88).

A ce propos, le rôle du juge consiste, d'une part, en une appréciation des intérêts des salariés et, d'autre part, des intérêts de l'entreprise (89). Si le juge ne procède pas à cette appréciation des intérêts respectifs des salariés et de l'entreprise, sa décision sera censurée par le Tribunal Fédéral du Travail.

Les considérations sociales dont l'employeur doit tenir compte sont toutes les circonstances qui rendent le licenciement plus dur pour l'intéressé que pour d'autres salariés ayant la même valeur professionnelle. Le salarié qui se plaindra d'être victime d'un choix antisocial fera valoir son âge, son ancienneté, sa situation familiale ou économique, le nombre de personnes à sa charge, l'importance de son revenu ainsi que celui de son épouse ou le fait qu'il a été victime d'un accident de travail pendant son service à l'entreprise. L'employeur doit examiner et apprécier tous ces facteurs pour tous les salariés dont le licenciement pourrait être envisagé. Il devra choisir parmi eux ceux qui supporteront plus facilement les charges d'un licenciement.

L'employeur doit, pour faire rejeter la plainte du salarié intéressé, établir que les salariés qui pourraient être licenciés à sa place sont plus nécessaires à l'entreprise en raison soit de leurs connaissances ou de leur expérience soit de leurs relations avec les clients et fournisseurs soit pour d'autres raisons spécifiques.

(88) Monjau, Die Auswahl bei der betriebsbedingten Kündigung, RdA, 1959, p. 8 et s.; Hueck, *op. cit.*, § 1 ,n° 39, p. 88 et s.

(89) Voir la jurisprudence citée par Hueck, *op. cit.*, n° 39*a*, p. 89.

Cette disposition laisse en fait un pouvoir assez étendu au contrôle judiciaire. Mais la tâche du juge est très délicate sur ce terrain. L'appréciation des intérêts respectifs en présence (Interessenabwägung) n'est pas toujours facile à réaliser. Il faut trouver un juste équilibre entre les nécessités de l'entreprise et le souci de protection sociale (90).

Le grand intérêt du paragraphe 1,3 KSchG réside dans la limitation qu'il apporte au droit de direction de l'employeur. Celui-ci, s'il invoque des nécessités économiques, n'a pas une liberté totale quant au choix des salariés qui doivent être licenciés. Il doit tenir compte des considérations sociales relatives à la situation personnelle de chacun de ses salariés. Mais cette disposition contient également une répartition de la charge de la preuve qui est favorable au salarié. Il suffit à ce dernier de prouver que d'autres salariés de même qualification professionnelle et ayant une situation plus favorable que lui ont gardé leur poste. L'employeur doit, pour se défendre, prouver qu'il existait des raisons économiques spécifiques qui exigeaient le maintien de ces salariés.

La jurisprudence hellénique adopte une position très proche de celle du droit allemand malgré l'absence d'un texte aussi formel que celui du paragraphe 1,3 KSchG. L'Aréopage fonde cette solution sur l'article 281 du Code civil interdisant l'abus du droit et sur les articles 200, 288 et 388 du même Code civil qui consacrent le principe général de l'interprétation et de l'exécution des contrats d'après la bonne foi et les bonnes mœurs. En vertu de ce principe, l'employeur qui doit procéder à des licenciements pour des raisons économiques et techniques, doit tenir compte de la situation économique et familiale des salariés et il doit garder, parmi les personnes ayant une valeur professionnelle égale, ceux qui ont des charges familiales plus lourdes ou sont économiquement plus faibles. En outre, l'intérêt du salarié à conserver son emploi prime l'intérêt de l'employeur si le maintien du salarié à son poste est compatible avec la situation de l'entreprise (91). La méconnaissance par l'employeur de ses obligations rend abusif le licenciement qu'il a ainsi prononcé (92).

L'application pratique de cette jurisprudence est très délicate. Les juges du fond doivent examiner la valeur professionnelle des salariés ayant la même qualification et apprécier ensuite leur situation personnelle et familiale.

(90) Voir la jurisprudence citée par HUECK, *op. cit.*, n°s 39*a*-39*g*, p. 90 et s.; comparer avec le point de vue de NIKISCH, *op. cit.*, p. 766.

(91) A.P. n° 160/1965, E.E.D. 1965, p. 527; 781/1964, E.E.D. 1964, p. 148; 552/1964, E.E.D. 1964, p. 967; 639/1963, E.E.D. 1963, p. 1457.

(92) VERIOPOULOS, Le congé ordinaire, dans le contrat de travail, pour des raisons économiques et techniques, E.E.D. 1961, p. 1098 et s.

Ainsi, le licenciement d'un ouvrier du bâtiment pour réduction d'activité, a été jugé abusif après les constatations suivantes des juges du fond. L'entreprise avait à son service dix-sept salariés de la même qualification professionnelle. En ce qui concerne la valeur professionnelle, celle de l'intéressé était égale sinon supérieure à celle de ses collègues. Du point de vue de l'ancienneté, il était au quatrième rang. Il avait des charges familiales plus lourdes que les autres, car il avait quatre enfants mineurs et une épouse, tandis que la plupart de ses collègues ayant gardé leur poste, n'avaient que deux enfants. L'Aréopage établit, par ailleurs, que l'employeur connaissait en réalité la situation de son salarié, indépendamment du fait qu'il avait de toute façon l'obligation de s'enquérir de la situation personnelle du salarié qu'il envisageait de licencier (93).

Le problème de l'ordre des départs en cas de licenciement collectif prend aujourd'hui une importance considérable car les pays auxquels nous nous intéressons se trouvent à un stade de mutation industrielle. Cette mutation est caractérisée par des concentrations d'entreprises, fusions, associations, rationalisations de la production dues au développement rapide de l'automatisation et de l'électronique. Tous ces phénomènes économiques et techniques impliquent une mobilité de la main-d'œuvre ainsi que des licenciements collectifs. L'observation d'un ordre des départs entraînerait un adoucissement des conséquences, parfois néfastes sur le plan de la sécurité de l'emploi, de ces phénomènes.

Malheureusement le droit français, tel qu'il est interprété et appliqué par la jurisprudence, n'offre pas beaucoup de satisfaction sur ce point. Il laisse, en réalité, une liberté très grande à l'employeur pour procéder à l'établissement de l'ordre des départs en se fondant sur des critères subjectifs, tel l'aptitude professionnelle appréciée souverainement par lui. Le salarié ne peut se défendre qu'en prouvant une faute de l'employeur lors de l'établissement de la liste des départs. De ce fait, le contrôle judiciaire a un champ d'action limité.

Au contraire, les droits allemand et grec fixent l'ordre des départs en faisant appel à des critères objectifs dans le souci de limiter, dans la mesure du possible, les conséquences sociales néfastes des licenciements collectifs. En Allemagne, il y a une disposition légale à cet effet, tandis qu'en Grèce la protection a été un résultat heureux du contrôle judiciaire. Ici le salarié n'a pas à établir une faute de l'employeur. Il lui suffira de prouver certains faits objectifs par lesquels le juge établira le caractère antisocial ou abusif du licenciement.

Cette différence résulte de la structure des systèmes juridiques car l'abus de droit n'est qu'une faute de l'employeur en France.

(93) A.P. n° 552/1964, précité.

En Allemagne, on se place sur un autre terrain. On apprécie l'acte de l'employeur d'un point de vue objectif. On examine si l'acte de congédiement, revêt un caractère antisocial. Dans l'affirmative, l'employeur doit supporter les conséquences de son acte sans qu'une faute de sa part soit nécessaire. En Grèce, l'abus de droit est également conçu d'un point de vue objectif et non seulement comme une faute de l'employeur.

Sous-section 2.

MESURES D'ORDRE INDIVIDUEL

Le pouvoir de direction de l'employeur ne se manifeste pas seulement dans la prise de mesures générales concernant l'organisation et la gestion de son entreprise. Il lui appartient également d'arrêter des mesures individuelles dans ce même but.

Il licenciera par exemple un salarié qui refuse, sans motif valable, d'accomplir des heures supplémentaires, sans que ce licenciement soit déclaré abusif (94).

Ces mesures sont habituellement dues à l'initiative de l'employeur. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation nous fournit l'exemple d'une mesure de réorganisation qui a été nécessitée par le comportement du salarié ayant créé un climat défavorable à la bonne marche de l'entreprise. Son licenciement, dans le cadre de cette réorganisation, n'a pas été jugé abusif (95).

Très souvent, le licenciement sera fondé sur plusieurs motifs. Si parmi ces derniers se trouve un motif illicite, le licenciement est-il abusif? La jurisprudence vise alors à déterminer quel était le motif déterminant. Ainsi, la Cour de cassation estime que les juges du fond qui retiennent que l'insuffisance professionnelle d'un salarié avait été le motif déterminant de son licenciement et que son activité syndicale n'avait joué qu'un rôle occasionnel et secondaire, peuvent décider que la bonne gestion de l'entreprise avait déterminé l'employeur à procéder à ce congédiement qui ne présentait, dès lors, aucun caractère abusif (96).

Les mesures d'ordre individuel prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction sont de nature très diverse. Elles peuvent être fondées sur l'appréciation de l'aptitude professionnelle du salarié, sur ses rapports avec l'employeur ou le reste du personnel ou, parfois,

(94) Cass. soc. 20 mars 1961, Dr. soc. 1961.424, obs. J. Savatier.
(95) Cass. soc. 23 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 166.
(96) Cass. soc. 16 juillet 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 501.

sur sa vie extra-professionnelle. Nous envisagerons successivement ces trois questions.

Mais l'employeur peut, en vertu de son pouvoir de direction, prendre d'autres mesures individuelles. Il peut licencier un salarié au cours d'une réorganisation de son entreprise dans le but de le remplacer par un autre moins rémunéré. Un tel motif ne rend pas le licenciement abusif (97). Il procédera également à une mutation, une rétrogradation ou un changement d'affectation. Ces mesures, qui sont comprises dans le cadre général de la révision du contrat de travail, peuvent aboutir à un licenciement. Nous les aborderons avec le problème de l'initiative de la rupture du contrat de travail qui sera examiné ultérieurement.

A. — L'aptitude professionnelle du salarié.

Dans l'esprit de la jurisprudence, le pouvoir de direction confère à l'employeur un droit presque absolu dans l'appréciation de l'aptitude professionnelle de ses salariés subordonnés. Dès qu'il estime que ceux-ci ne lui donnent plus satisfaction il est en droit de les licencier. Il s'agit d'une jurisprudence constante en ce sens.

Les décisions de la Cour de cassation répètent une formule qui revient très souvent, à savoir que le chef d'entreprise est seul juge des raisons d'ordre professionnelle qui peuvent le déterminer à se priver du concours d'un employé dont il estime l'aptitude insuffisante (98). La Cour suprême a affirmé maintes fois ce principe.

Il suffit que l'employeur invoque l'« insuffisance professionnelle » pour rendre le licenciement prononcé presque inattaquable. Le contrôle judiciaire se contente de ce motif général et vague sans demander d'autres précisions. Une décision condamnant un employeur pour rupture abusive au motif qu'il n'avait pas précisé ce qu'il entendait par « insuffisance professionnelle » a été censuré par la Cour de cassation (99). Il n'est pas tenu de prouver l'insuffisance professionnelle qu'il invoque. A donc été cassé un arrêt qui déclarait abusif le licenciement d'un salarié auquel était reproché une insuffisance professionnelle sur « le plan qualitatif », et qui se bornait à relever que l'intéressé avait été congédier « pour des motifs imprécis dont l'inanité est

(97) Cass. soc. 19 octobre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 663.

(98) Cass. soc. 6 février 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 102; 15 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 492; 8 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 464; 23 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 408.

(99) Cass. soc. 22 avril 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 258; J.C.P. 1964.II.13732; adde, les observations de M. le professeur A. Brun *in* La jurisprudence en droit du travail 1967, sous le même arrêt rapporté, p. 404.

démontrée », alors qu'aucune faute imputable à l'employeur ne résultait des faits retenus (100).

Le juge exerçant son contrôle sur un licenciement pour incapacité professionnelle, ne peut pas se substituer à l'employeur dans l'appréciation du comportement du salarié (101).

L'employeur apprécie le comportement et les aptitudes professionnelles de son salarié du point de vue, d'une part, des rapports internes de l'entreprise et, d'autre part, de ses relations externes. Ainsi, l'employeur est « seul juge du point de savoir si le comportement d'un salarié à l'égard du personnel placé sous ses ordres est préjudiciable à la bonne marche de l'entreprise » (102). Il peut licencier une employée dont les écarts de langage vis-à-vis de ses subordonnés étaient incompatibles avec la nécessité d'une bonne organisation de l'entreprise (103).

Il ne suffit pas que le salarié donne satisfaction d'un point de vue statique. Il faut posséder l'aptitude à s'adapter constamment aux nouvelles méthodes de travail imposées par l'évolutoin scientifique. Le licenciement d'un salarié que l'employeur estime incapable d'une telle adaptation n'est pas abusif (104). Il en va de même pour un coupeur modéliste qui ne s'adaptait plus, depuis quelques années, aux évolutions de la mode (105).

Dans cette optique se situe également l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 27 avril 1961 (106). Il s'agissait du licenciement par une société de son assistante sociale. Le tribunal civil d'Amiens (107) avait considéré ce licenciement comme abusif au motif que « la lettre où sont indiquées les causes de renvoi, ne mentionne pas expressément une inaptitude professionnelle et fait surtout état d'un manque d'affinités entre l'assistance sociale et le personnel, en raison des particularités caractérielles individuelles, sans préciser si ces particularités provenaient de celui-ci ou de celle-là ». Cette décision a été cassée par les Chambres réunies car « le chef d'entreprise, responsable de la bonne marche de celle-ci, est juge des circonstances dans lesquelles elle se trouve compromise ». La Cour suprême a

(100) Cass. soc. 13 mars 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 198.
(101) Cass. soc. 8 février 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 122; J.C.P. 1962.II.12607; Inf. Chef d'Entr. 1962.763.
(102) Cass. soc. 14 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 789.
(103) Cass. soc. 17 juillet 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 771; Inf. Chef d'Entr. 1959.25.
(104) Cass. soc. 4 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 344.
(105) Cass. soc. 4 octobre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 643; Inf. Chef d'Entr. 1962.31.
(106) D. 1961.646; J.C.P. 1961.II.12165; Gaz. Pal. 1961.1.421; Inf. Chef d'Entr. 1961.947.
(107) 8 avril 1959.

estimé que le « manque d'affinités » de cette assistante sociale avec le personnel de l'entreprise était en réalité une insuffisance professionnelle car il touchait sa mission au sein de l'entreprise (108). La question de la responsabilité de ce manque d'affinités apparaît comme secondaire aux yeux de la jurisprudence. L'employeur n'a qu'à constater le fait et prendre les mesures qu'il juge opportunes pour y remédier.

Un employeur peut également licencier un de ses salariés dès lors qu'il juge le comportement de celui-ci susceptible d'affecter ses rapports avec les autorités publiques et, par là même, de compromettre l'activité de l'entreprise, économiquement dépendante de l'Etat (109).

Les aptitudes professionnelles du salarié dépendent également de la façon dont il accomplit sa prestation principale. Un absentéisme habituel pour des raisons de santé peut être un motif de licenciement lorsqu'il apporte une gêne indiscutable au fonctionnement du service (110). Il en va de même de longues interruptions d'activité que l'employeur estime de nature à compromettre la bonne marche de son entreprise (111) ou d'une absence prolongée pour cause de maladie (112). Par ailleurs, un représentant de commerce qui, malade, a envoyé tardivement des certificats justificatifs de son absence prolongée est légitimement licencié car sa négligence caractérisée a provoqué la désorganisation des services commerciaux de son employeur (113). Le renvoi d'une employée motivé par ses retards répétés, même si elle les compensait en restant après l'heure normale, n'est pas abusif car le comportement de l'intéressée révélait un manquement à la discipline, circonstance qui justifie son licenciement aux yeux de la jurisprudence (114).

L'aptitude professionnelle du salarié peut se modifier dans le temps. Un accident du travail, une maladie ou l'âge peuvent diminuer l'aptitude professionnelle du salarié. L'employeur peut procéder à son licenciement du moment qu'il estime son aptitude insuffisante pour le bon fonctionnement de son entreprise et bien qu'il n'ait pas atteint l'âge de la retraite (115).

Les juges du fond avaient jugé abusive la mise d'un employé à la retraite à 60 ans au lieu de 65 en raison d'un état physique déficient car il n'y avait pas eu d'avis du médecin du travail établissant son

(108) Voir en ce sens les observations de M. le professeur A. Brun, *op. cit.*, p. 411.
(109) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 265.
(110) Cass. soc. 19 juillet 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 499; D. 1965.725.
(111) Cass. soc. 8 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 467.
(112) Cass. soc. 2 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 442.
(113) Cass. soc. 20 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 519.
(114) Cass. soc. 3 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 360.
(115) Cass. soc. 2 mai 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 339.

inaptitude. Leur décision a été censurée par la Cour de cassation car l'avis du médecin du travail n'a pas une portée obligatoire sauf convention individuelle ou collective ou usages reconnus (116).

Les appréciations de la jurisprudence vont dans le même sens en cas de diminution de l'aptitude professionnelle du salarié causée par un accident du travail. L'employeur peut licencier son salarié du moment qu'il juge que celui-ci ne lui donne pas satisfaction. Il en a été ainsi dans un cas de licenciement d'un manœuvre plusieurs fois accidenté du travail présentant une arthrose vertébrale incompatible avec tout travail pénible. Les juges du fond avaient décidé que le licenciement de l'intéressé n'était pas abusif bien que le salarié ait fait constaté, avant la fin du préavis, qu'il pouvait à nouveau accomplir toutes les opérations à l'exception du chargement de camions. La Cour suprême approuve la décision des juges du fond car l'employeur reste seul juge de décider si la bonne marche de l'entreprise se trouve compromise du fait qu'un salarié est dans l'impossibilité d'assurer un service complet (117).

Par ailleurs, la jurisprudence estime que le comportement de l'employeur ne doit s'apprécier, afin d'établir un abus éventuel, *qu'au moment du congédiement.* Ainsi, un garagiste peut congédier un chauffeur pour « inaptitude physique définitive » selon les avis concordants et formels du médecin traitant et d'un médecin du travail, même si, par la suite, les circonstances ont établi qu'en fait il conservait une certaine aptitude à la conduite des véhicules (118). L'employeur peut licencier le salarié accidenté du travail même s'il l'a réintégré après son accident. Il peut le licencier, plus d'un mois après la reprise de ses fonctions, au motif que l'insuffisance de son rendement s'était accentuée à la suite de cet accident. Un tel congédiement n'est pas abusif (119).

Dans le cas d'une baisse de la capacité du salarié due à un accident du travail, la jurisprudence ne reconnaît pas à la charge de l'employeur une obligation de reclassement du salarié dans un autre poste correspondant à son aptitude nouvelle. La Cour de cassation censure les décisions qui obligent l'employeur à rechercher un reclassement du salarié avant de le licencier sans préciser l'origine de cette obligation de reclassement (120).

En résumé, le motif tiré de l'aptitude professionnelle du salarié justifie son licenciement aux yeux de la jurisprudence.

(116) Cass. soc. 14 juin 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 438.
(117) Cass. soc. 29 janvier 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 62; J.C.P. 1964.II.13837.
(118) Cass. soc. 11 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 373; D. 1960.603; J.C.P. 1960.II.11787 *bis.*
(119) Cass. soc. 28 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 611.
(120) Cass. soc. 20 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 51.

B. — Les rapports du salarié avec son employeur et le reste du personnel.

Le pouvoir de direction confère à l'employeur le droit de prendre les mesures nécessaires pour assurer une collaboration normale entre lui-même et ses salariés qu'entre les salariés eux-mêmes. Il est vrai que de ces rapports dépend le bon fonctionnement de l'entreprise. Dans le cadre de ces mesures, se situent des licenciements éventuels en cas de mauvais rapports entre l'employeur et un de ses salariés ou en cas d'une mésentente entre salariés.

La jurisprudence considère comme justifiés les licenciements fondés sur une mésentente du salarié avec son employeur si cette mésentente est préjudiciable à la bonne marche de l'entreprise (121). De même, se justifie un licenciement prononcé à cause de la tension des rapports entre employé et employeur (122).

La jurisprudence ne considère pas nécessaire d'examiner à qui incombe cette mésentente. Il suffit que la mésentente existe. Il appartient au salarié licencié d'établir la faute de son employeur dans l'exercice de son droit de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée. Ainsi, la Cour de cassation considère comme justifié le licenciement d'un ingénieur par l'existence d'une incompatibilité entre lui et son employeur, malgré l'impossibilité pour les juges du fond de déterminer à qui incombait la responsabilité des froissements multiples et réciproques qui avaient conduit à la rupture. La jurisprudence se contente de prendre en considération, d'une part, l'influence néfaste de cette incompatibilité sur le bon fonctionnement de l'entreprise et, d'autre part, l'absence de faute de l'employeur dans l'exercice du licenciement (123).

Le licenciement peut être justifié par des « différences de conceptions économiques » qui opposent « totalement » un employé à ses chefs. Car l'employeur est seul qualifié pour juger si l'attitude du salarié est ou non nuisible à la bonne marche de l'entreprise (124).

La jurisprudence justifie également le licenciement quand il est fondé sur des soupçons de l'employeur; elle se montre assez libérale quant au bien-fondé de ces soupçons. Ainsi, elle justifie le licenciement d'un salarié qui fait l'objet de soupçons quant à sa probité profes-

(121) Cass. soc. 27 novembre 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 966; 20 janvier 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 39; 20 décembre 1965, D. 1965, Somm. 80; 23 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 735; D. 1967.144.

(122) Cass. soc. 11 janvier 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 40; 3 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 2.

(123) Cass. soc. 3 juillet 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 461; S. 1964.44; D. 1963.657.

(124) Cass. soc. 2 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 188.

sionnelle, reposant sur des présomptions suffisamment graves pour avoir entraîné un renvoi en correctionnelle et une relaxe au simple bénéfice du doute (125).

L'employeur peut également licencier un salarié, avec lequel il se trouve en rapports de confiance, s'il estime ne plus avoir confiance en lui. Le fait que l'épouse de cet employé (adjoint de son directeur commercial) ait constitué à son insu une société dont l'objet lui paraissait pour partie recouper le sien, peut donner un fondement à cette appréciation de l'employeur (126). De même, si les relations d'un employeur et de son salarié exigent une confiance sans réticence, le licenciement de ce salarié pour avoir, à l'insu de son employeur recherché un nouvel emploi, n'est pas abusif (127).

L'employeur peut également, en vertu de son pouvoir de direction, prendre une mesure de licenciement afin d'assurer la bonne entente des salariés entre eux, entente indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise. Les dissentiments existant entre un salarié et son supérieur hiérarchique qui rendent impossibles les rapports professionnels entre eux et, par là, nuisent au bon fonctionnement de l'entreprise, justifient le licenciement dudit salarié (128). En général, la mésentente d'un salarié avec un autre justifie son licenciement si l'employeur estime qu'elle est nuisible à l'entreprise (129). La liberté d'action de l'employeur en ce domaine va jusqu'à lui permettre de licencier une salariée qui se trouvait en mésentente avec certaines de ses collègues à qui elle avait cessé de plaire (130).

Il faut signaler qu'en cas de mésentente entre salariés, l'employeur n'a pas à agir en respectant la part de responsabilité de chacun des salariés. Il licenciera en fonction de l'intérêt de son entreprise. Dans les espèces précédemment citées, c'est toujours le salarié inférieur dans la hiérarchie de l'entreprise qui est licencié. Le contrôle judiciaire ne met pas en cause cette solution.

C. — La vie extra-professionnelle du salarié.

Est-ce que le pouvoir de direction permet à l'employeur d'invoquer des motifs tirés de la vie extra-professionnelle du salarié pour justifier

(125) Cass. soc. 14 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 508; adde, 16 février 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 119.

(126) Cass. soc. 2 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 667; D. 1965.97.

(127) Cass. soc. 26 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 239.

(128) Cass. soc. 8 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 782.

(129) Cass. soc. 11 juin 1958, Inf. Chef d'Entr. 1959.24; 23 janvier 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 82; Inf. Chef d'Entr. 1959.320; 8 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 139; 11 mars 1964, D. 1965.285; 21 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 561; 10 juin 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 366.

(130) Cass. soc. 22 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 819; D. 1960.110; J.C.P. 1959.II.11371.

le licenciement qu'il a prononcé? C'est un problème fort délicat surtout en ses applications pratiques (131).

On peut dire qu'en règle générale le lien de subordination n'existe que sur les lieux et pendant le temps de travail. Le salarié, dès qu'il franchit la porte de l'entreprise, jouit des libertés qui sont habituellement reconnues à tout citoyen. L'employeur ne peut prétendre exercer aucune autorité sur la vie privée du salarié et, par conséquent, ne peut invoquer un fait concernant cette vie pour justifier le licenciement.

Ces principes sont, en général, admis en doctrine. Mais des difficultés surgissent quand il s'agit de les appliquer en fait. C'est à ce stade que le contrôle judiciaire du licenciement revêt une importance considérable car il appartient au juge de répondre à la question de savoir *où commence la vie privée du salarié et jusqu'où s'étend le pouvoir de direction du chef d'entreprise.* Les difficultés que le juge rencontre en l'application de ces principes tiennent au fait que, parfois, la vie extra-professionnelle du salarié a une incidence sur l'entreprise. En ce cas, la jurisprudence admet une certaine intervention de l'employeur dans la vie privée du salarié.

A cet égard, il faut distinguer la vie privée ou familiale du salarié et les libertés publiques de celui-ci. Dans le premier domaine, l'employeur peut puiser certains motifs légitimes de licenciement tandis que dans le second un exercice de son pouvoir de direction est beaucoup plus difficilement acceptable par la jurisprudence.

Tout d'abord, la condamnation pénale du salarié peut enlever tout caractère abusif au licenciement consécutif prononcé par l'employeur. Mais il faut que cette condamnation nuise au bon fonctionnement de l'entreprise. Tel est le cas d'un salarié qui a été condamné pour proxénétisme. Le juge a estimé qu'en ce cas l'employeur pouvait le licencier immédiatement et sans indemnité de préavis car cette condamnation conférait à l'entreprise une publicité nuisible et sa bonne marche était entravée car le salarié en question était en contact permanent avec des administrations publiques et des sociétés importantes (132).

Le licenciement peut ne pas être abusif même dans le cas où le salarié a été par la suite relaxé, si le juge estime que la condamnation initiale était de nature à préjudicier l'entreprise (133). De même, un employeur n'agit pas abusivement en licenciant un salarié, relaxé du chef d'outrage public à la pudeur si les juges du fond constatent

(131) Despax, La vie extraprofessionnelle du salarié et ses incidences sur le contrat de travail, J.C.P. 1963.I.1776.
(132) Cass. soc. 11 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 195; J.C.P. 1964.II.13678.
(133) Nîmes, 12 février 1958; Poujade c. Berton et Sicard, inédit.

souverainement que sa présence pouvait créer un risque sérieux de trouble parmi le personnel de l'entreprise (134).

Il est vrai que le salarié jouit des mêmes libertés individuelles que tout autre citoyen et, par conséquent, le licenciement fondé sur sa vie privée porte atteinte à ces libertés et est, par là-même, abusif. Toutefois, la jurisprudence apporte des exceptions à cette règle. Il en a été ainsi du licenciement d'une salariée motivé par sa vie privée, qui n'a pas été jugé abusif car il y avait des circonstances particulières qui justifiaient, aux yeux de la jurisprudence, l'ingérence de l'employeur dans la vie privée de cette salariée. « Attendu que les juges du fond qui ont constaté que le comportement de la salariée était en l'espèce de nature à nuire à la réputation de l'Union des Associations familiales de l'Indre-et-Loire, eu égard au but particulier poursuivi par ce groupement, ont pu en déduire que le congédiement n'avait comporté aucune intention malicieuse de la part de l'employeur » (135). La Cour de cassation fonde ici sa décision sur le « but particulier » poursuivi par l'employeur qui lui confère le droit de fonder le licenciement sur des motifs tirés de la vie privée de la salariée.

Par ailleurs, la vie privée du salarié peut motiver son licenciement si elle est de nature à nuire au bon fonctionnement ou à la réputation de l'entreprise. Il a été ainsi d'un chef de vente, marié et père de famille qui était en « liaison coupable » avec une jeune employée depuis trois ans. Quand l'employeur a été informé, il a procédé à une enquête et a licencié ledit employé. Les juges du fond ont estimé que le comportement dudit salarié était de nature à nuire au bon ordre et aussi à la réputation de son employeur et, par conséquent, que l'employeur n'avait commis aucun abus en le licenciant. Leur appréciation a été approuvée par la Cour de cassation (136).

Parfois, la vie familiale du salarié peut motiver son licenciement dans le cas où elle a des répercussions sur l'intérêt de l'entreprise. L'employeur peut licencier un salarié s'il juge que l'activité professionnelle de son conjoint est nuisible, directement ou indirectement, aux intérêts de son entreprise. C'est le cas d'un employeur qui licencie une salariée pour se prémunir contre le risque de la diffusion des secrets par l'intermédiaire de son mari, précédemment employé à l'entreprise et engagé par une maison concurrente (137). Une autre espèce est significative en ce sens. Il s'agissait d'un visiteur médical

(134) Cass. soc. 19 avril 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 265; D. 1963.501.

(135) Cass. soc. 22 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 517; Inf. Chef d'Entr. 1961.298.

(136) Cass. soc. 19 juillet 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 493; D. 1965.764; Dr. soc. 1966.35; Inf. Chef d'Entr. 1966.22.

(137) Cass. soc. 9 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 777; D. 1960.8.

au service des laboratoires pharmaceutiques qui avait été licencié après son mariage avec une visiteuse médicale d'un laboratoire concurrent. La Cour de cassation n'a pas estimé ce licenciement abusif car il était fondé sur des craintes légitimes de l'employeur relatives aux intérêts de son entreprise qui était susceptible de souffrir des tournées faites conjointement par l'intéressé et son épouse auprès des mêmes médecins (138).

Même les fiançailles ou le projet de mariage d'un salarié peuvent légitimer, aux yeux de la jurisprudence, son licenciement. C'est le cas lorsque le fiancé ou le futur conjoint travaille dans une entreprise concurrente si l'employeur estime que cette situation met en danger les intérêts de son entreprise (139).

Nous nous trouvons ici devant des cas vraiment limites du pouvoir de direction du chef d'entreprise qui peut, parfois, fonder le licenciement sur des motifs tirés de la vie strictement privée du salarié. La jurisprudence justifie cette situation par l'intérêt de l'entreprise qui est en danger. Comme nous allons le constater par la suite, c'est toujours « l'intérêt de l'entreprise », dont par ailleurs l'employeur est « seul juge », qui fournit la justification aux mesures de licenciement. En vertu de cet intérêt, l'employeur peut intervenir, sous certaines conditions, dans la vie privée ou familiale du salarié.

Toutefois, les clauses de célibat, concernant surtout le contrat de travail des hôtesses de l'air, ont posé un délicat problème au contrôle judiciaire. Est-ce que le licenciement en vertu d'une telle clause est valable ou cette clause doit-elle être considérée comme nulle parce qu'elle porte atteinte aux droits de la personnalité humaine?

La Cour de Paris (140) a reconnu le principe de la nullité de telles clauses comme contraires au droit fondamental de la personnalité et de la liberté matrimoniale. Elle reconnaît cependant une exception à ce principe au cas où la clause serait justifiée par « des raisons impérieuses évidentes ». Cette dernière exception laisse un pouvoir d'appréciation très grand au juge en ce qui concerne l'application pratique de ce principe. Cette jurisprudence de la Cour de Paris ne paraît pas être infirmée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 27 avril 1964 (141) qui a été rendu à

(138) Cass. soc. 20 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 51.

(139) Cass. soc. 9 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 26; Dr. soc. 1963.351, obs. J. Savatier; 26 novembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 647.

(140) Paris, 30 avril 1963, Gaz. Pal. 1963.1.405; J.C.P. 1963.II.13205 *bis*; Dr. soc. 1963.482, note Morellet; D. 1963.428; Rev. trim. dr. civ. 1963.571, obs. Cornu; adde, Morellet, Un célibat contractuel ? Le cas des hôtesses de l'air, Dr. soc. 1961.287; du même auteur, Le célibat contractuel des hôtesses de l'air, Dr. soc. 1962.91; comparer avec le point de vue du doyen Voirin, « Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie », D. 1963.247.

(141) D. 1965.213, note Rouast; Dr. soc. 1964.574, obs. J. Savatier.

propos d'une clause de célibat d'une assistante sociale rurale. Toutefois, cette espèce présentait certaines particularités pour l'étude desquelles nous nous référons aux notes précitées.

Le droit allemand adopte une solution très proche de celle du droit français. La clause d'un contrat de travail d'après laquelle celui-ci serait automatiquement rompu en cas de mariage du salarié est considérée comme nulle (142). Toutefois, le licenciement d'une salariée, après son mariage, peut être justifié par son incapacité à accomplir toutes ses obligations contractuelles (143).

La question se pose maintenant de savoir si le pouvoir de direction confère le droit à l'employeur de procéder à un licenciement motivé par la vie publique du salarié.

Le principe dont il faut partir est celui figurant dans le préambule de la Constitution, d'après lequel « nul ne peut être lésé dans son travail, à raison... de ses opinions ou de ses croyances ». Le juge en déduit d'une façon assez constante que le licenciement dicté par l'activité politique du salarié est abusif. Le salarié jouit donc des libertés publiques du citoyen et le pouvoir de direction du chef d'entreprise ne peut pas permettre à ce dernier d'intervenir dans la vie publique du salarié.

Ce problème a été posé en jurisprudence à propos du licenciement d'un journaliste au motif qu'il avait posé sa candidature aux élections sénatoriales. Cette espèce présente certaines particularités se rapportant à la profession du salarié et à des questions d'ordre procédural. Nous les écarterons et nous ne retiendrons que les traits essentiels du problème.

L'employeur invoquait l'article 3 de la convention collective nationale des journalistes qui stipulait que l'expression publique de leurs opinions politiques ne devait, en aucun cas, porter atteinte aux intérêts de l'entreprise de presse à laquelle ils appartiennent. Le Tribunal d'instance de Besançon, saisi de l'affaire, avait considéré le licenciement comme abusif en se fondant tantôt sur des appréciations générales tantôt sur une analyse des faits (144).

Mais cette appréciation du Tribunal d'instance de Besançon n'a pas été confirmé en appel (145). La Cour a estimé que si certains droits sont donnés au journaliste en cas de changement d'orientation politique du journal, ce journal peut légitimement faire grief à un

(142) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 531, note 17*a*; NIKISCH, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 669.

(143) HUECK, KSchG, 5e éd. 1965, § 1, n° 34*d*, p. 76 et la jurisprudence citée.

(144) 15 mai 1963, D. 1963.753 avec une note approbative de M. le professeur G. LYON-CAEN.

(145) Besançon, 17 décembre 1963, J.C.P. 1964.II.13530; 17 janvier 1964, Gaz. Pal. 1964.1.427 et la note.

collaborateur d'une prise de position politique publique de nature à nuire aux intérêts dudit journal. En ces circonstances, l'interdiction au journaliste de poser sa candidature ne constituait pas une violation de sa liberté politique par l'entreprise de presse. Le licenciement de ce journaliste, consécutif à son refus d'accepter une mutation motivée par l'intérêt du service, n'était donc pas abusif.

Nous constatons qu'il s'agissait ici d'un conflit entre la vie publique du salarié et l'intérêt de l'entreprise. La prédominance a été donnée à ce dernier intérêt.

Si nous voulons résumer en quelques mots la position de la jurisprudence, nous pouvons dire qu'elle considère que le pouvoir de direction confère à l'employeur le droit de procéder à des licenciements si ceux-ci sont exigés par l'intérêt de l'entreprise. Devant cet intérêt, recule l'intérêt du salarié à la conservation de son emploi et, dans certains cas, son droit à la liberté de sa vie privée ou familiale ou, même, ses libertés publiques. La question pour le contrôle judiciaire n'est pas de mettre en cause ce principe. Il s'oriente vers l'examen permettant d'établir si, dans chaque cas déterminé, il existait vraiment un intérêt de l'entreprise qui imposait le licenciement. Cet examen est d'ailleurs assez limité car le juge n'a pas le droit de se substituer à l'employeur dans l'appréciation de l'intérêt de son entreprise.

Nous allons examiner par la suite quelles sont les restrictions jurisprudentielles au droit de l'employeur de procéder à des licenciements en vertu de son pouvoir de direction.

Section II.

LES RESTRICTIONS JURISPRUDENTIELLES AU LIBRE EXERCICE DE LA FACULTE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE

Nous avons examiné au cours de la précédente section l'étendue des possibilités de licenciement qui sont offertes à l'employeur par le pouvoir de direction économique de l'entreprise qui lui est reconnu. Ces possibilités ne sont pas absolues mais limitées. Les limitations qui leur sont apportées ne sont pas uniformes, ni dans leur conception ni dans leur étendue, dans les systèmes juridiques que nous examinons.

La théorie civiliste de l'abus de droit constitue, en droit français (146) et grec, l'instrument fondamental au moyen duquel la juris-

(146) J. Guyenot, La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, p. 235 et s.

prudence apporte des limitations au libre exercice du licenciement libérateur. Le droit allemand se sert, dans le même but, de la notion de licenciement « antisocial » et le droit néerlandais de celle de licenciement « manifestement déraisonnable ». Par ailleurs, la loi italienne du 15 juillet 1966 considère comme nul tout licenciement qui n'est pas fondé sur une « juste cause », au sens de l'article 2119 du Code civil italien, ou sur un « motif précis et valable ».

Toutes ces techniques juridiques visent le même but, mais on peut les distinguer essentiellement en deux catégories : celles qui sanctionnent le licenciement lorsqu'il est marqué d'un *vice subjectif* et celles qui le sanctionnent en présence d'un *vice objectif*. Autrement dit, dans le premier cas, l'intervention du juge concerne le comportement de l'employeur en tant que partie à un contrat tandis que dans le second cette intervention concerne le comportement de l'employeur en tant qu'exercice d'une fonction sociale. Les droits français et belge appartiennent à la première catégorie tandis que les droits allemand, hellénique, italien et néerlandais appartiennent à la seconde.

La rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée est habituellement conçue, en droit français et belge, comme un vice subjectif. Il s'agit de rechercher si l'employeur a utilisé pour des fins blâmables un droit qui lui est reconnu par la loi. Le contrôle judiciaire s'oriente donc vers l'examen du comportement de l'employeur dans l'exercice de son droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée fondé sur l'article 23 du livre I[er] du Code du travail. La jurisprudence répète constamment que l'employeur ne peut être condamné à des dommages-intérêts pour rupture abusive que si le salarié licencié prouve contre lui, outre le préjudice subi, l'existence d'une faute qui lui est légalement imputable dans l'exercice de son droit de mettre fin au contrat (147). Dans cette optique la Cour de cassation a cassé un arrêt qui, pour repousser la demande d'indemnité pour renvoi abusif d'un salarié, se bornait à relever que la conjoncture économique rendait nécessaire la suppression de son emploi, sans rechercher si. quels que fussent les motifs du licenciement, les conditions dans lesquelles il avait été exécuté, n'avaient pas, comme le soutenait le salarié, revêtu un caractère malveillant et vexatoire (148).

En substance, le contrôle judiciaire consiste en la recherche d'*une faute* de l'employeur dans l'exercice de son droit de licenciement. Autrement dit, l'employeur est libre de procéder à des licenciements

(147) Cass. soc. 17 avril 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 355; D. 1958.372; Inf. Chef d'Entr. 1958.694.

(148) Cass. soc. 4 octobre 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 529; Inf. Chef d'Entr. 1957.26.

à condition de ne pas commettre de faute. L'usage qu'il a fait de son droit n'est pas contrôlé *en tant que tel* mais l'objet du contrôle judiciaire est son comportement, en tant que cocontractant, dans cet usage.

La jurisprudence ne s'en tient pas d'une façon absolue à cette conception subjective de l'abus de droit en matière de licenciement. Elle tend à élargir le champ d'application de la rupture abusive du contrat de travail et à lui donner, parfois, un caractère objectif (149). Elle aboutit à ce résultat non par la mise en cause de sa technique juridique mais en augmentant la valeur des éléments objectifs dans l'appréciation de la faute de l'employeur. Autrement dit, elle considère comme établie la faute de l'employeur par la preuve de certains faits qui font eux-mêmes présumer cette faute.

La notion de « légèreté blâmable » est significative à cet égard. Notion essentiellement subjective, elle possède néanmoins un contenu objectif important. En fait, le juge la considère comme établie si le salarié prouve certains faits dont le tribunal déduira qu'ils relèvent d'une légèreté blâmable de la part de l'employeur. En outre, la jurisprudence utilise la notion de « détournement de pouvoir » (150), notion trouvant son origine dans le droit public et dont le contenu n'est pas exclusivement subjectif.

Il s'agit là d'une voie indirecte qui conduit à un certain rapprochement avec les droits qui sanctionnent les vices objectifs dans l'exercice par l'employeur de son droit de licenciement.

C'est le cas des droits allemand, grec et néerlandais. Ces droits n'apprécient pas l'exercice de la faculté de licenciement reconnu à l'employeur d'un point de vue seulement contractuel mais, en général, en tant qu'exercice d'une fonction sociale. Autrement dit, ils ne se limitent pas à contrôler le comportement de l'employeur et à y rechercher une faute par lui commise, mais ils examinent si l'exercice par l'employeur de son droit de licenciement est *objectivement conforme* au but social dans lequel ce droit lui est reconnu par la loi.

La définition du licenciement « socialement injustifié » (Sozial ungerechtfertigte Kündigung) par le paragraphe 2 de la loi du 10 août 1956 (KSchG) est très significative à cet égard. La loi ne fait aucun appel à la notion de faute de l'employeur. Elle considère comme antisocial le licenciement s'il n'est pas nécessité soit par des raisons concernant la personne ou le comportement du salarié soit par des « nécessités impérieuses de l'entreprise ». Aucune « intention

(149) Brun et Galland, II-291, p. 565.

(150) Cass. soc. 21 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 564; 17 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 715; D. 1967.86; J.C.P. 1967.II.14974, note G.-H. Camerlynck.

malveillante » ou « légèreté blâmable » de la part de l'employeur n'est requise.

Un arrêt du Landesarbeitsgericht de Manheim (151) a même dit que le paragraphe 1 du KSchG institue une présomption de droit (præsumptio juris) contre l'employeur d'après laquelle le licenciement qu'il a prononcé est supposé avoir un caractère antisocial. Cet arrêt a été critiqué par la doctrine (152) mais il est significatif des tendances de la jurisprudence allemande.

Cette conception du licenciement antisocial aboutit à une protection beaucoup plus large et efficace du salarié, surtout si on tient compte du fait que l'employeur est tenu de prouver ces « raisons concernant la personne ou le comportement du salarié » ou les « nécessités impérieuses de l'entreprise ». Certes, une faute de l'employeur dans l'exercice de son droit de licenciement conduira plus facilement le juge allemand à qualifier le licenciement d'antisocial mais ce qu'il faut retenir, car c'est très important, c'est que le contrôle judiciaire ne se limite pas au domaine de la faute ou des intentions de l'employeur mais porte sur une appréciation objective de son action.

La loi italienne du 15 juillet 1966 adopte une position très proche de celle du droit allemand. Son article 1er stipule que le licenciement ne peut survenir que pour une juste cause aux termes de l'article 2119 du Code civil ou pour un motif précis et valable. L'article 3 considère comme tel l'inexécution flagrante de ses obligations contractuelles par le salarié ou des raisons inhérentes à la production, à l'organisation du travail ou au bon fonctionnement de l'entreprise. La charge de la preuve incombe alors à l'employeur (153). On s'aperçoit que les restrictions apportées au droit de licenciement par l'employeur ont un caractère objectif et sont analogues à celles adoptées par le droit allemand.

Nous avons signalé que le droit grec se rapproche du droit français en ce sens qu'il n'adopte pas de conditions de fond pour l'exercice du licenciement libérateur. Mais il se distingue de ce droit, et se rapproche par là des droits allemand et italien, en adoptant *une conception objective de l'abus de droit;* cette théorie constitue l'instrument au moyen duquel la jurisprudence apporte des limitations au libre exercice du licenciement libérateur.

En effet, l'abus de droit n'est pas conçu nécessairement comme une faute de l'employeur. D'après l'article 281 du Code civil grec

(151) 11 mars 1952, 5*a* 240/51, RdA, 1952, p. 279, n° 89.

(152) Crone, « Vermutete » Sozialwidrigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses ? RdA, 1952, p. 330 et s.

(153) Article 5.

l'usage d'un droit est abusif lorsqu'il dépasse, d'une façon évidente, les limites imposées à cet usage par la bonne foi et les bonnes mœurs ou par le but soit économique soit social dudit droit. Tous les critères utilisés par cet article pour définir l'abus de droit ont un contenu objectif. La bonne foi et les bonnes mœurs de même que le but économique ou social du droit sont des notions objectives. Certes, le comportement, d'un point de vue subjectif, de l'employeur est très significatif à cet égard. Mais la notion de l'abus de droit est plus large. Le juge appréciera l'usage du droit de licenciement fait par l'employeur en tant que tel. Il peut le considérer comme abusif malgré l'absence d'une faute, au sens précis du terme, de la part de l'employeur.

Nous n'entrerons pas dans plus de détail mais nous retiendrons ce point important car il contribue à une limitation plus grande des pouvoirs de l'employeur dans l'exercice de son droit de licenciement libérateur. A cet égard, le droit grec est proche des droits allemand et italien car ils utilisent tous des concepts juridiques objectifs pour apporter une limitation au droit de licenciement reconnu à l'employeur. Toutefois, il se distingue d'eux sur le terrain de la charge de la preuve car il impose au salarié d'apporter la preuve de l'usage abusif, fait par l'employeur, de son droit de licenciement.

Avant d'aborder les applications pratiques que trouvent ces notions en jurisprudence, nous éclaircirons un problème préalable : celui du moment qui est pris en considération dans le contrôle judiciaire du licenciement.

D'une manière générale, le juge doit prendre en considération le comportement de l'employeur au moment de la signification du congé. Toute attitude postérieure à ce moment ne saurait conférer au licenciement déjà prononcé un caractère abusif, à supposer qu'il a été régulièrement prononcé. Ainsi, la circonstance du retard apporté par l'employeur à la délivrance d'un certificat de travail ne rend pas ce licenciement abusif car elle lui est postérieure et indépendante (154). Toutefois, un fait postérieur à la rupture peut relever l'abus commis par l'employeur lors de cette rupture. Ainsi la Cour de cassation a considéré que l'employeur qui, après avoir congédié tout son personnel, cède son fonds le lendemain même du jour où a pris fin le délai-congé des salariés congédiés, commet un abus de droit. Cette circonstance démontre, en réalité, que le motif réel du licenciement était la volonté de l'employeur de se libérer de son personnel et de céder son fonds libre de celui-ci, en le privant de

(154) Cass. soc. 7 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 23; 8 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 141.

la protection de la loi (155). Ici c'était bien une circonstance *antérieure aux congédiements*, en l'occurence la volonté de l'employeur de priver son personnel de la protection de l'article 23, al. 8 du livre I[er] du Code du travail, qui les a rendu abusifs. La circonstance postérieure, c'est-à-dire la cession du fonds au lendemain de la fin des délais-congés, *a seulement révélé l'existence* de la première circonstance qui, *à elle seule*, a rendu les licenciements en question abusifs.

Mais cette opinion de la Cour suprême apparaît plus clairement dans une autre espèce (156). Un salarié licencié demandait des dommages-intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail en invoquant les violences du directeur du personnel qui avaient accompagné le congédiement. La Cour de cassation approuve les juges du fond qui l'avaient débouté de sa demande puisqu'ils avaient relevé que ces violences n'avaient eu lieu qu'au cours d'une discussion après *la notification verbale du licenciement* et qu'elles ne pouvaient être retenues comme une faute de l'employeur dans sa décision de rupture du contrat, *étant étrangères et postérieures à cette décision.* Il y a dans cette espèce une rigueur qui se concilie mal avec l'esprit d'équité.

La jurisprudence exige, par ailleurs, que les motifs du licenciement reposent sur des faits relativement récents. Ils ne peuvent pas reposer sur des faits anciens qui n'avaient donné lieu à aucune sanction (157).

Le problème du moment auquel doit être apprécié le caractère antisocial du licenciement était, avant la loi du 10 août 1951, très débattu en droit allemand. Mais après la promulgation de cette loi, la jurisprudence et la majorité de la doctrine adopte la même solution que le droit français : il convient de retenir le moment où le licenciement a été prononcé (158). Ainsi le juge doit se placer à ce moment pour apprécier l'attitude de l'employeur (droit français) ou le caractère du licenciement (droit allemand).

Les restrictions jurisprudentielles apportées au droit de licenciement libérateur reconnu à l'employeur sont marquées d'une très grande diversité. La jurisprudence est extrêmement riche à ce sujet et le nombre des arrêts rendus est très considérable. Cela montre l'importance pratique du problème. La grande diversité de ces applications jurisprudentielles tient à la spécificité de chaque cas. En effet, chaque espèce en matière du licenciement possède sa propre

(155) Cass. soc. 8 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 110.
(156) Cass. soc. 6 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 108.
(157) Cass. soc. 23 avril 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 423; 3 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 237.
(158) Hueck, KSchG, 5[e] éd. 1965, § 1, n° 43, p. 94 et s. avec des références en jurisprudence; Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3[e] éd. 1961, p. 767; Molitor, Die Kündigung, 2[e] éd. 1951, p. 230.

physionomie car les circonstances qui entourent chaque licenciement ne sont pas toujours identiques. Nous envisagerons les limitations jurisprudentielles au libre exercice de la faculté du licenciement de la part de l'employeur, d'une part, lorsqu'elles sont conçues comme un vice subjectif et, d'autre part, quand elles revêtent l'aspect d'un vice objectif.

Sous-Section 1.

VICE SUBJECTIF

Il est difficile et d'une finalité scientifique contestable, d'essayer d'inclure la jurisprudence concernant les restrictions au droit de licenciement libérateur reconnu à l'employeur, dans une construction dogmatique. On trouvera toujours des espèces qui la déborderaient car la caractéristique essentielle de cette jurisprudence est son adaptabilité continue aux facteurs économiques et moraux qui se rapportent au problème du licenciement et qui se trouvent, eux-mêmes, en constante évolution. Il est donc préférable d'essayer de tracer les lignes directrices de cette jurisprudence.

L'étude de la jurisprudence en cette matière révèle que celle-ci fait très fréquemment appel, pour qualifier un licenciement d'abusif, à la « légèreté blâmable » avec laquelle il a été prononcé. La jurisprudence ne nous offre pas une définition de ce concept. On peut d'ailleurs se demander s'il est possible de le définir avec exactitude. En réalité la « légèreté blâmable » est une formule très commode pour la jurisprudence qui, en ce domaine, est caractérisée par l'empirisme. En fait, le juge examine toutes les circonstances du licenciement qui lui donnent sa physionomie propre, afin de porter une appréciation globale sur celui-ci. Il examine l'attitude de l'employeur, celle du salarié ainsi que les autres circonstances entourant le licenciement. Il qualifie, en général, l'action de l'employeur comme empreinte d'une « légèreté blâmable » lorsqu'il estime que celui-ci n'a pas agi avec la prudence nécessaire, requise par ses fonctions et ses responsabilités, et que cette attitude a eu des conséquences dommageables pour le salarié.

Pour examiner cette jurisprudence nous adopterons les distinctions de MM. les professeurs G. H. Camerlynck et G. Lyon-Caen (159).

En général, la jurisprudence sanctionne le licenciement lorsqu'il porte atteinte aux libertés et droits du salarié. Elle exerce également son contrôle sur les circonstances qui lui sont antérieures ou concomit-

(159) Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 156 et s., p. 140 et s.

tantes. Un autre domaine d'intervention jurisprudentielle est le licenciement d'un salarié malade ou d'une salariée en état de grossesse. Enfin, un contrôle judiciaire très important s'exerce lorsqu'un motif inexact est allégué par l'employeur. Nous envisagerons successivement ces quatre points et nous conclurons sur quelques observations concernant les droits belge et luxembourgeois. Un autre domaine d'intervention judiciaire est constitué par les cas d'inobservation par l'employeur des conditions extrinsèques du licenciement mais cette question a été abordée au chapitre précédent.

A. — Atteintes aux libertés et droits du salarié.

1. Le licenciement qui est prononcé pour l'appartenance ou l'activité syndicales est considéré d'une façon constante comme abusif par la jurisprudence (160).

En étudiant la jurisprudence, on constate que les condamnations pour rupture abusive fondées sur un motif tiré de *l'appartenance ou de l'affiliation syndicale* qui étaient nombreuses dans le passé (161) se font de plus en plus rares. Au contraire, ces condamnations se fondent actuellement sur une motivation de l'employeur tirée de *l'activité syndicale* (162). Cette constatation s'explique par le fait qu'aujourd'hui l'employeur accepte la réalité de l'existence des syndicats. Ce qui le gêne n'est plus l'appartenance mais l'activité syndicale.

Si ce principe paraît simple et facile à appliquer, il pose néanmoins certains problèmes au contrôle judiciaire du licenciement. En effet, l'employeur dissimule souvent le véritable motif du licenciement et allègue un autre motif tiré des nécessités de la bonne marche de l'entreprise. Etant donné que l'employeur est, d'après la jurisprudence, « seul juge » de celles-ci, la marge du contrôle judiciaire devient plus restreinte.

En général, le juge qualifiera le licenciement d'abusif s'il établit, d'une part que le motif économique allégué est inexact et, d'autre part, que le véritable motif de ce licenciement est l'activité syndicale du salarié (163).

(160) Verdier, *in* Traité de droit du travail, tome III, Syndicats, 1966, n° 146, p. 301 et s.; Spyropoulos, La liberté syndicale, thèse, Paris, 1954, p. 186 et s.

(161) Cass. soc. 23 mars 1950, Dr. soc. 1950.254; 17 mai 1951, Dr. soc. 1951.474; 22 octobre 1959, Dr. ouvr. 1960.329.

(162) Cass. soc. 23 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 233; 7 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 883; renvoi d'une employée pour avoir distribué un tract à caractère professionnel; 3 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 237; 24 janvier 1962, J.C.P. 1962.II.12565, note Blaise.

(163) Cass. soc. 2 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 192; 9 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 219; Dr. soc. 1966.427, note J. Savatier; Douai, 13 mai 1965, D. 1965.639.

Il en est ainsi lorsqu'un salarié est congédié plusieurs mois après une faute professionnelle restée sans sanction, mais trois jours après sa désignation comme secrétaire syndical, en l'absence de nouvelle faute dans l'intervalle (164). Le licenciement a été jugé également abusif lorsque, d'une part, le motif allégué par l'employeur était inexact et, d'autre part, le licenciement coïncidait avec la réception par l'employeur d'une lettre mentionnant la candidature du salarié aux élections de délégués du personnel (165). Est même abusif le licenciement d'un salarié sous prétexte d'une compression du personnel, lorsque la véritable raison était l'activité syndicale de ce salarié (166).

Un problème délicat s'est posé en jurisprudence à propos du licenciement d'un salarié sous la pression d'un groupement de travailleurs de l'entreprise, ou, précisément, d'un syndicat. Ce groupement ou ce syndicat exerce une pression sur l'employeur afin d'obtenir le licenciement d'un salarié. Les raisons et le but de cette pression peuvent être justifiés ou non. Si l'employeur cède à cette pression et licencie le salarié en question, ce licenciement est-il abusif ?

Il est certain qu'un licenciement intervenu sous des telles conditions constitue, *en lui-même*, une atteinte grave à la bonne foi qui doit être observée dans les rapports de travail. Il constitue, en même temps, une violation du Préambule de la Constitution qui stipule que nul ne doit être lésé dans son travail à raison de ses opinions ou de ses croyances et de l'article 1er du livre III du Code du travail qui interdit à tout employeur de tenir compte de l'appartenance du salarié à un syndicat pour arrêter ses décisions en ce qui concerne, entre autres, le licenciement.

Mais quel est l'auteur véritable de ces violations ? En fait c'est le groupement ou le syndicat exerçant cette pression qui se trouve en opposition flagrante avec le principe de la solidarité ouvrière qui doit régir les rapports des salariés entre eux. L'immoralité de cette pression se trouve aggravée par le fait que le syndicat fait appel à l'employeur vis-à-vis duquel il est le défenseur présumé des intérêts des salariés. Le salarié pourrait donc agir en justice contre ce syndicat et demander qu'il soit condamné à l'indemniser du préjudice qui lui a été causé par son action immorale et illégale. Mais, à notre connaissance, le problème n'a pas été posé sous cet angle devant la jurisprudence française.

(164) Cass. soc. 16 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 898; Inf. Chef d'Entr. 1958.308.

(165) Cass. soc. 20 février 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 202; Inf. Chef d'Entr. 1958.594; 14 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 508.

(166) Cass. soc. 30 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 86.

D'habitude, c'est contre l'employeur que le salarié licencié agit en justice en demandant des dommages-intérêts pour la rupture abusive de son contrat de travail. C'est sous cet angle que le problème a été posé devant la Cour d'appel de Paris qui a rendu l'arrêt du 11 janvier 1965 (167).

L'affaire qui a été jugée par cet arrêt présentait de multiples aspects, mais nous ne retiendrons que l'essentiel. Une querelle opposant un salarié à son syndicat, ce dernier avait exigé, sous la menace d'une grève dans l'entreprise, le licenciement de ce salarié. L'employeur s'était finalement plié à cette exigence du syndicat en licenciant le salarié en question. Celui-ci a assigné l'employeur en justice en demandant des dommages-intérêts pour la rupture de son contrat de travail qu'il estimait abusive.

La Cour d'appel de Paris a donné satisfaction au salarié en estimant que l'employeur avait tenté de convaincre son employé de se plier aux exigences de son ancien syndicat alors qu'il avait adhéré à un autre et qu'il avait ainsi exercé une pression en faveur d'un syndicat en violation des prescriptions d'ordre public édictées par l'article 1er *a* du livre III du Code du travail. Le licenciement était donc abusif et l'employeur a été condamné à payer des dommages-intérêts en réparation de cette rupture abusive. La Cour d'appel de Paris est arrivée à cette appréciation en rejetant à juste titre l'argument de l'employeur suivant lequel il avait agi sous la contrainte d'une force majeure. Elle a de même écarté, ce qui paraît moins justifié, l'objection de l'employeur d'après laquelle il avait procédé au licenciement pour assurer la bonne marche de son entreprise qui paraissait dangereusement compromise par l'opposition du salarié à ses camarades de travail. Elle a estimé à cet égard que le pouvoir de direction, dont il était titulaire, lui interdisait de se plier aux exigences d'une partie du personnel sur lequel il exerce son autorité.

La Cour d'appel de Paris a pris sa décision en voulant surtout donner satisfaction à un salarié injustement licencié. Elle a estimé que seule la condamnation de l'employeur pourrait lui donner, en fait, satisfaction. On ne peut pas d'ailleurs prévoir quelle aurait été sa décision si elle avait été saisie d'une demande en condamnation du syndicat. Seul l'avenir peut nous apporter des éclaircissements à cet égard.

L'arrêt précédent n'est pas d'ailleurs le seul à avoir statué sur le problème de la légitimité du licenciement prononcé sous la pression du personnel. Un arrêt de la Chambre sociale du 30 mai 1960 (168) s'est préoccupé, quoique indirectement, de la même question. La

(167) Gaz. Pal. 1965.1.152.
(168) Bull. civ. 1960, IV, p. 445.

Cour suprême a estimé que le licenciement d'un salarié est abusif s'il est relevé que les griefs invoqués par l'employeur pour le congédier sur-le-champ s'étaient avérés inexacts et qu'il avait cédé à la pression, non insurmontable, de certains éléments du personnel. On entrevoit, dans cette espèce, les idées qui ont guidé la Cour de Paris dans sa décision précédemment commentée.

Le licenciement pour appartenance ou activité syndicale est considéré comme abusif en Grèce (169).

2. La jurisprudence française considère également comme abusif le licenciement prononcé *pour une raison étrangère au travail.* En effet, ni le lien de subordination ni le pouvoir de direction du chef d'entreprise ne sauraient conférer à celui-ci le droit de s'immiscer dans la vie et le comportement des salariés hors des lieux et du temps de travail (170). Il existe certes des exceptions à ce principe, que nous avons déjà signalées mais, en dehors de ces dernières, la jurisprudence applique constamment le principe.

Ainsi, a été jugé abusif le licenciement d'une employée qui a été effectué non pour l'attitude injurieuse qui lui était reprochée mais à cause d'une mésentente avec un groupe d'actionnaires qui venait de prendre le contrôle de la société (171). Il en a été de même pour un licenciement prononcé sous des motifs inexacts mais motivé, en fait, par une opposition d'intérêts existant entre les parties (172). Le licenciement par le père employeur de son fils qui refuse de quitter sa femme (173), celui d'un salarié pour avoir divorcé d'avec la nièce du président directeur général de la société (174) ainsi que celui d'un salarié à la suite d'une brusque immixtion dans sa vie privée faite par l'employeur qui la connaissait pourtant depuis longtemps (175), ont été jugé abusifs. Il en va de même pour le licenciement d'une secrétaire lorsqu'il a été motivé, en fait, par la jalousie ombrageuse de l'épouse de son directeur (176).

3. L'ancienneté, malgré son incapacité à donner, à elle seule, un caractère abusif au licenciement joue, en réalité, un grand rôle lors de l'appréciation de ce licenciement par le juge. Si l'espèce présente

(169) A.P. n° 201/1967, E.E.D. 1967, p. 805; 552/1966, E.E.D. 1967, p. 99; 331/1965, E.E.D. 1965, p. 971.
(170) Tr. civ. Seine, 5 janvier 1955, Inf. Chef d'Entr. 1956.26.
(171) Cass. soc. 17 novembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 666.
(172) Cass. soc. 23 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 588.
(173) Cass. soc. 8 juillet 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 586; D. 1960, Somm. 95; Inf. Chef d'Entr. 1961.204.
(174) Cass. soc. 5 avril 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 241.
(175) Cass. soc. 18 avril 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 254; J.C.P. 1963.IV.69, Inf. Chef d'Entr. 1963.864.
(176) Cass. soc. 3 février 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 83; J.C.P. 1965.II.14241.

d'autres éléments favorables au salarié, le juge admettra plus facilement la rupture abusive que si le salarié intéressé était moins ancien dans l'entreprise (177). Il en a été ainsi, entre autres, lors du licenciement d'un directeur d'agence, ayant une ancienneté de 30 ans, prononcé en raison de la fermeture de cette agence. La Cour de cassation a considéré ce licenciement comme abusif en relevant, entre autres circonstances, que ce directeur, approchant de l'âge de la retraite, était dans une position difficile en raison de la clause de non-concurrence très étendue, dans le champ et dans l'espace, qui était incluse dans son contrat (178).

L'ancienneté revêt, à cet égard, un rôle accru si au cours de ses services antérieurs le salarié donnait satisfaction à son employeur (179).

4. La jurisprudence considère constamment comme abusif le licenciement qui porte directement ou indirectement atteinte aux droits du travailleur. L'atteinte à ces droits peut être portée soit par un licenciement motivé par les revendications professionnelles du salarié soit par la volonté de l'employeur de se soustraire à ses obligations légales ou contractuelles.

4*a*. Le salarié doit avoir la possibilité non seulement de défendre ses droits mais de revendiquer, par des voies légales, des droits dont il s'estime titulaire. Les conflits éventuels entre employeur et salarié au sujet des droits de ce dernier ne sauraient motiver un licenciement à son encontre car la défense ou la revendication d'un droit par des moyens légaux constitue une des libertés fondamentales de chaque citoyen.

Ainsi la jurisprudence considère à juste titre le licenciement comme abusif lorsqu'il est motivé par une revendication de salaire (180) ou par une revendication professionnelle en général (181). Il en va de même d'un licenciement motivé par les demandes d'un salarié tendant à obtenir le respect de la législation sociale à laquelle son contrat n'était pas conforme (182) ou par les réclamations du salarié concernant le respect des prescriptions d'hygiène de l'inspection du travail (183).

(177) Cass. soc. 19 février 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 114; 6 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 7.

(178) Cass. soc. 27 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 157.

(179) Cass. soc. 18 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 608 : ancienneté de 30 ans; 13 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 662 : ancienneté de 34 ans; 5 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 755 : 13 années de service sans défaillance.

(180) Cass. soc. 19 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 623; D. 1959.596; 19 avril 1961, Inf. Chef d'Entr. 1962.325; 5 octobre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 623.

(181) Cass. soc. 30 janvier 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 118; Inf. Chef d'Entr. 1958.591; 26 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 240.

(182) Cass. soc. 22 avril 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 289.

(183) Cass. soc. 9 juillet 1963, J.C.P. 1963.IV.118.

La jurisprudence est allée assez loin dans cette voie comme en témoigne l'arrêt de la Chambre sociale du 7 décembre 1961 (184). Il s'agissait d'un vendeur engagé sans contrat écrit. Les juges du fond ont constaté qu'il avait été licencié pour la seule raison qu'il demandait, sous une forme d'ailleurs parfaitement déférente, la fixation de son taux de commissions et l'établissement d'un contrat. La Cour suprême approuve les juges du fond qui avaient considéré ce licenciement comme empreint d'une légèreté blâmable. La jurisprudence a voulu ici protéger le salarié dans une situation de fait qui était créée à son profit malgré l'absence d'une couverture légale.

Un licenciement est également abusif lorsqu'il est motivé par le fait que le salarié s'est adressé à la justice pour faire consacrer des revendications salariales ou professionnelles (185).

4*b*. D'une manière générale, commet un abus de droit l'employeur qui licencie un salarié dans le but d'éluder ses obligations légales (186). Dans cette espèce, il s'agissait du licenciement d'un salarié dans le but d'éviter qu'il bénéficie des avantages attachés à la qualité de travailleur expatrié. Il en a été de même d'un licenciement motivé en réalité, malgré l'allégation d'une réorganisation des services, par la volonté de l'employeur d'éviter le paiement d'une augmentation de salaire résultant d'un accord collectif (187) ou, lorsque l'employeur, manquant de moyens de trésorerie, a licencié un représentant de commerce pour éluder le paiement de commissions atteignant des sommes considérables (188).

Par ailleurs, le refus de l'employeur de supporter les charges sociales découlant éventuellement de ses engagements, notamment l'affiliation de son salarié à la Sécurité sociale, donne un caractère de légèreté blâmable au licenciement qui en résulte (189).

La jurisprudence adopte la même solution lorsque l'employeur procède au licenciement en méconnaissant ses obligations contractuelles résultant soit d'une convention collective soit du règlement intérieur. Un arrêt notamment de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 juin 1957 (190) est significatif à cet égard. En l'espèce, la convention collective applicable contenait une obligation de reclassement à la charge de l'employeur en cas de licenciement

(184) Bull. civ. 1961, IV, p. 806.
(185) Cass. soc. 14 juin 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 440; 26 février 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 135; 14 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 546; Inf. Chef d'Entr. 1965.406.
(186) Cass. soc. 24 juin 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 414.
(187) Cass. soc. 10 mai 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 378.
(188) Cass. soc. 29 janvier 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 118.
(189) Cass. soc. 4 janvier 1962, deux arrêts, Bull. civ. 1962, IV, pp. 4 et 5.
(190) Bull. civ. 1957, IV, p. 578; Gaz. Pal. 1957.2.240; D. 1957.675; S. 1957.412.

« pour cause de suppression d'emploi, de modification de structure ou de réorganisation du secteur de production où le salarié exerce son activité ». La clause précisait par la suite qu'avant un tel congédiement l'employeur était obligé « de proposer à l'intéressé, dans l'entreprise, un poste équivalent au précédent ou en rapport avec ses aptitudes; au cas où l'entreprise ne pourrait fournir un tel poste à l'intéressé, elle s'adressera à son organisation professionnelle qui s'efforcera à son tour de reclasser le salarié congédié ». La Cour suprême a approuvé les juges du fond qui avaient estimé que l'employeur qui avait négligé de se conformer à ces dispositions avait procédé au licenciement de l'intéressé avec une légèreté blâmable. La jurisprudence adopte la même solution si l'obligation de reclassement résulte d'un engagement antérieur de l'employeur envers son salarié. Le licenciement de ce dernier, en méconnaissance de cette obligation contractuelle, est abusif (191).

Par ailleurs, la mise à la retraite d'un employé à 60 ans tandis qu'en vertu du règlement intérieur et de la qualification professionnelle du salarié cette mesure n'aurait dû intervenir qu'à l'âge de 65 ans, a été considérée comme empreinte d'une légèreté blâmable (192).

Toutefois, il n'est pas toujours facile au salarié d'établir que son licenciement a été motivé par la volonté de son employeur de se soustraire à ses obligations légales ou contractuelles. Il en a été ainsi dans une espèce tranchée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 23 octobre 1963 (193). Les juges du fond avaient constaté que l'employeur avait commis une fraude au détriment du salarié dans le calcul de ses commissions et ils avaient accordé réparation de cette fraude. Ils n'avaient pas néanmoins considéré le licenciement dudit salarié comme abusif, car ils avaient relevé que l'intéressé n'avait pas établi que son licenciement avait été motivé par l'intention de l'employeur de se soustraire à ses réclamations. La Cour suprême a approuvé leur décision. Cet arrêt se concilie mal avec le reste de la jurisprudence.

B. — Circonstances antérieures ou concomitantes à la rupture.

Très souvent les juges justifient le caractère abusif du licenciement par les circonstances particulières qui l'entourent. Ces circonstances

(191) Cass. soc. 15 mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 227.
(192) Cass. soc. 5 avril 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 301.
(193) Bull. civ. 1963, IV, p. 589.

peuvent être antérieures au licenciement; elles peuvent également être concomitantes.

1. Les relations antérieures entre l'employeur et son salarié peuvent conférer un caractère abusif au licenciement. Un problème délicat se pose en jurisprudence : la promesse, faite par l'employeur, d'une certaine stabilité de l'emploi.

Ce problème est extrêmement complexe car la promesse de stabilité de l'emploi, à supposer que son existence soit établie, est en elle-même une notion vague. Il est bien connu que le contrat de travail ne peut pas être conclu pour une durée illimitée car l'engagement à vie porte atteinte aux droits de la personnalité. Un licenciement peut donc être valable malgré l'existence d'une telle promesse.

Cela a été reconnu par la Cour de cassation qui a estimé que la promesse d'une certaine stabilité lors de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée ne pouvait faire obstacle à la rupture unilatérale de celui-ci après plusieurs années d'exploitation déficitaire. En l'espèce, le salarié avait été compris dans un licenciement collectif effectué lors de la réorganisation de l'entreprise (194).

Mais il est très difficile d'établir si une promesse de stabilité donnée au cours de pourparlers pour la conclusion du contrat a fait vraiment partie de celui-ci. En pratique, ce problème se pose surtout à propos du contrat de travail de cadres. Il est alors courant que l'employeur présente sous un jour favorable la situation de son entreprise pour attirer un collaborateur qu'il estime capable et utile à son développement. Il appartient au juge d'apprécier si une promesse de stabilité a dépassé le stade des pourparlers et si elle a fait partie du contrat. Son appréciation dépendra des circonstances particulières de l'espèce.

La Cour de cassation estime qu'il s'agit là d'une appréciation souveraine des juges du fond. Ceux-ci peuvent apprécier que l'intention commune des parties n'était pas de faire de la stabilité de l'emploi une des conditions de la convention, à supposer même qu'au cours des pourparlers ayant précédé sa conclusion, il ait été fait allusion à cette stabilité (195).

Mais la promesse de stabilité pose deux problèmes différents. Le premier, que nous venons de signaler, consiste à dire si cette promesse est une clause faisant partie du contrat. Si c'est le cas, il faut ensuite examiner si le licenciement prononcé par l'employeur constitue une violation de cette clause. Ainsi, licencie abusivement son employé l'employeur qui, après lui avoir proposé une place dans

(194) Cass. soc. 6 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 10.
(195) Cass. soc. 3 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 526.

une autre ville, en précisant qu'il s'agissait d'une « place à l'année » et non pas d'un emploi « saisonnier », le congédie dès la fin de la saison, *malgré l'engagement pris* et après seulement deux mois et demi de service effectif (196).

Toutefois, la constatation que la promesse de stabilité ne fait pas partie du contrat n'efface pas l'influence de cette promesse sur le caractère du licenciement. *Car, même si la promesse n'a pas revêtu un caractère contractuel, elle peut conférer, sous certaines conditions, un caractère abusif au licenciement.*

L'idée maîtresse de la jurisprudence à cet égard est que le licenciement est abusif si, par son comportement précédant la conclusion du contrat, l'employeur *a fait croire* au salarié qu'il s'agissait d'une situation stable. Cette appréciation, malgré son apparence, n'est pas une appréciation subjective se rapportant à l'état d'âme de l'employé. Le juge arrivera à cette conclusion, d'une part, en examinant *le comportement de l'employeur* au cours des pourparlers et, d'autre part, en appréciant *l'influence logique* que pouvait avoir ce comportement sur le salarié. Autrement dit, le juge appréciera *si le comportement de l'employeur pendant les pourparlers pouvait normalement faire croire au salarié qu'il s'agissait d'une situation stable.* Les espérances du salarié ne peuvent pas être prises en considération si les juges ne trouvent pas un fondement logique à ces espérances dans le comportement de l'employeur.

Assez souvent le juge qui prend en considération la promesse de stabilité faite par l'employeur prend soin de relever d'autres éléments pour qualifier le licenciement d'abusif.

Nous fournirons quelques exemples de la jurisprudence sur cette question.

Un chef de service est licencié pour incompétence après un mois de travail sans aucune période d'essai et aucune vérification de ses aptitudes professionnelles. Les juges du fond ont estimé que, compte tenu des circonstances de la cause, et notamment de *la stabilité d'emploi que pouvait escompter cet employé,* son licenciement était empreint d'une légèreté blâmable. La Cour de cassation les a approuvés (197).

Dans une autre espèce (198) un directeur de société avait été licencié en raison du regroupement des services effectué à l'occasion de l'absorption de la société employeur par une autre. Le licenciement paraît jusqu'ici très normal. Mais les juges du fond avaient relevé que le directeur avait été promu quelques semaines plus tôt à un

(196) Cass. soc. 14 avril 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 330; D. 1961.390.
(197) Cass. soc. 16 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 705.
(198) Cass. soc. 17 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 716.

poste de premier plan, que son licenciement était intervenu sans que lui soit reproché la moindre faute professionnelle et alors qu'*il était en droit de compter sur un poste à caractère stable.* Ils ont donc considéré ce licenciement comme abusif et la Cour suprême les a approuvés.

Le licenciement d'un employé est également abusif lorsqu'il intervient sans raison valable au bout de trois mois, après que celui-ci eût « mis en marche » l'entreprise, et « qu'il l'eût introduite auprès des diverses sociétés ou divers organismes, dont elle recherchait l'appui ou la clientèle » et alors que *par son comportement l'employeur lui avait fait croire à une situation stable* (199). Le caractère abusif du licenciement découle parfois du fait que l'employeur avait amené le salarié à quitter une situation professionnelle satisfaisante en lui faisant espérer, entre autres, une situation stable (200).

Le licenciement peut également revêtir un caractère abusif lorsque l'employeur laisse le salarié s'installer, après la période d'essai, au lieu de son travail en mettant un appartement à sa disposition, *ce qui peut lui faire prévoir un engagement de longue durée* et le congédie un mois après sans alléguer de faits précis contre lui (201). Cette espèce est assez significative car le juge établit la faute de l'employeur essentiellement sur deux faits. En premier lieu, la mise à la disposition du salarié d'un appartement, circonstance qui peut faire prévoir à celui-ci un engagement de longue durée et, en second lieu, l'absence de motifs de licenciement de la part de l'employeur.

Dans cet arrêt, apparaît donc clairement la pensée de la jurisprudence en cette matière. Elle exige tout d'abord que la promesse de stabilité soit objectivement fondée sur le comportement de l'employeur. Par ailleurs, elle prend soin de relever quelques autres circonstances qui renforcent la qualification du licenciement comme abusif.

Parfois, le comportement de l'employeur peut être fondé *sur des réticences.* Ainsi la jurisprudence a considéré comme abusif le licenciement quatre mois après son embauche, d'un salarié qui avait démissionné d'un emploi bien rémunéré, pour occuper des fonctions qu'il considérait comme stables et dont les réticences de l'employeur *lui ont laissé ignorer le caractère temporaire* (202).

Mais quelquefois un ensemble de circonstances concernant les rapports antérieurs du salarié et de son employeur peuvent conférer au licenciement de ce dernier un caractère abusif.

(199) Cass. soc. 29 janvier 1964, J.C.P. 1964.II.13581.

(200) Cass. soc. 11 février 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 134; 15 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 490.

(201) Cass. soc. 15 mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 223.

(202) Cass. soc. 15 octobre 1959, Bul. civ. 1959, IV, p. 794; D. 1960.80.

Une société, lors d'une réorganisation de ses services avait imposé à un salarié, exerçant les fonctions de représentant, un poste d'inspecteur avec un salaire fixe, sans lui payer l'importante indemnité de clientèle à laquelle il aurait eu droit si son contrat avait été dénoncé à ce moment. Peu après, au cours d'une nouvelle réorganisation ce salarié avait été licencié. La Cour de cassation a considéré ce licenciement comme abusif car l'employé avait pu escompter, lors de ce changement d'emploi, que sa situation gagnerait en stabilité et possibilités d'avenir, ce qu'elle perdait en avantages pécuniaires immédiats (203).

2. Le licenciement peut être abusif à cause de la façon dont il est prononcé. Il s'agit ici d'une distinction délicate car, en général, l'employeur peut à tout moment se séparer de son salarié en observant les formes légales. Mais une brutalité ou une brusquerie (204) manifestée par l'employeur peut conférer un caractère abusif au licenciement. La jurisprudence est constante à cet égard. Ainsi les juges du fond ayant estimé que la rupture brutale du contrat de travail d'une employée à la suite d'une absence pour maladie était empreinte d'une précipitation et d'une légèreté blâmable et qu'elle était donc abusive, ont été approuvés par la Cour de cassation (205).

La précipitation manifestée par l'employeur peut plus facilement conférer un caractère abusif au licenciement s'il s'agit d'un salarié ancien. Ici l'élément ancienneté joue un rôle très important dans l'appréciation du juge. Ainsi le licenciement d'un salarié ancien fait sans aucun avertissement préalable et alors qu'il avait fait précédemment l'objet de certificats très élogieux, a été considéré comme abusif (206).

Le licenciement d'un salarié après quarante-quatre ans de services dans l'entreprise et sans qu'il ait été autorisé à effectuer son préavis, a été jugé abusif (207). Il en va de même pour le brusque renvoi d'un directeur, employé depuis quinze ans dans la maison, fait dans un mouvement de mécontentement dû uniquement à ce qu'il avait rédigé une note proposant l'embauchage d'ouvriers pour faire face à une commande importante (208). Constitue également un licenciement abusif le renvoi, formulé à la légère et dû à une saute d'humeur

(203) Cass. soc. 30 mai 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 405; S. 1962.320; D. 1962.663.

(204) Cass. soc. 6 octobre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 518; 14 décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 783.

(205) Cass. soc. 16 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 707.

(206) Cass. soc. 4 novembre 1961, Inf. Chef d'Entr. 1962.329.

(207) Cass. soc. 21 décembre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 1018.

(208) Cass. soc. 27 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 852; Inf. Chef d'Entr. 1960.40.

inexcusable de l'employeur, d'un salarié ayant une ancienneté de huit ans sans qu'aucun reproche sérieux lui ait été fait (209).

La jurisprudence considère également comme abusif le licenciement avec exclusion des lieux du travail de façon blessante et brusque (210). Il en va de même lorsque la brutalité du licenciement est de nature à discréditer le salarié (211), ou lorsque le brusque licenciement est ouvertement fondé sur une « imputation calomnieuse de vol » (212) ou lorsqu'il est interdit à « l'employé de premier plan ayant été renvoyé du jour au lendemain » le droit élémentaire « d'accéder à son bureau pour y reprendre ses affaires personnelles » (213).

La publicité donnée à la décision de renvoi qui est de nature à nuire à l'employé rend son licenciement abusif (214). Ainsi lorsque le licenciement d'un directeur technique a été signalé à la clientèle par une circulaire lui imputant la responsabilité d'un retard dans la mise au point d'un appareil, le juge peut en déduire que ce renvoi a été abusif (215). Il en est de même pour le licenciement d'un employé supérieur, dont l'employeur a rendu la situation intolérable dans l'entreprise par une série de vexations injustifiées destinées à ruiner son crédit auprès du personnel (216).

Une autre décision est assez caractéristique. Il s'agissait d'un employé congédié sur l'heure après son refus justifié d'accepter une réduction des commissions que l'employeur prétendait lui imposer. Les juges du fond avaient estimé que le motif réel de ce licenciement était l'appréciation de l'employeur d'après laquelle les résultats obtenus par le salarié augmentaient de façon excessive les gains qu'il retirait de son travail. Ils ont considéré cette mesure particulièrement brutale comme étant susceptible de déconsidérer un employé dont la société n'avait qu'à se louer et, par conséquent, que le licenciement était abusif. La Cour de cassation les a approuvés (217).

L'abus de droit peut résider dans les formes du licenciement. Ceci découle d'une décision très significative de la Cour de cassation (218).

(209) Cass. soc. 7 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 846; Inf. Chef d'Entr. 1958.304.
(210) Cass. soc. 20 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 80.
(211) Cass. soc. 21 mai 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 473; 4 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 345; 29 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 547.
(212) Cass. soc. 4 juin 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 491.
(213) Cass. soc. 18 juillet 1955, Bull. civ. 1955, IV, p. 487.
(214) Cass. soc. 11 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 364.
(215) Cass. soc. 17 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 506.
(216) Cass. soc. 20 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 400.
(217) Cass. soc. 21 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 311; Inf. Chef d'Entr. 1961.872.
(218) Cass. soc. 3 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 144.

En effet, la Cour suprême a considéré que la réitération du congé, donné à un salarié sous forme de lettre recommandée, par acte extra-judiciaire, constituait une formalité inusitée et de caractère vexatoire à l'encontre d'un salarié qui ne faisait l'objet d'aucun reproche. La Cour suprême estime que cette circonstance révélait l'intention malveillante de l'employeur et rendait ce licenciement abusif.

Par ailleurs, le licenciement peut être abusif lorsqu'il est motivé par l'animosité de l'employeur (219) ou lorsqu'il tend uniquement à la satisfaction d'un intérêt personnel du directeur général, auquel le souci de la bonne marche de l'entreprise est complètement étranger, lorsqu'il est accompagné de mesures vexatoires et dolosives de nature à jeter la suspicion sur la probité de l'intéressé (220). Il en est de même lorsqu'il présente un caractère vexatoire pour l'intéressé (221). Ainsi l'employeur qui ordonne à un chef de chantier d'effectuer une besogne de manœuvre commet un acte vexatoire. Le licenciement de ce salarié prononcé sur-le-champ, après son refus d'exécuter cet ordre, est empreint d'une légèreté blâmable (222).

Enfin, le licenciement de la directrice d'un cours privé, dans des conditions brutales et de nature à atteindre sa réputation, ayant pour but de la remplacer par la fille de l'employeur a été qualifié d'abusif par la jurisprudence (223).

C. — Renvoi pour grossesse ou courte maladie.

1. En ce qui concerne le renvoi d'une salariée en état de grossesse, une importante loi a été récemment promulguée. Il s'agit de la loi du 30 décembre 1966 relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité. Elle interdit de licencier une femme en état de grossesse médicalement constaté. Cette réforme était nécessaire car, malgré l'importance sociale et humaine énorme de la maternité, la protection jurisprudentielle de la femme enceinte contre le licenciement était très faible. C'était là un des aspects négatifs de la jurisprudence française.

En effet, la jurisprudence considérait le licenciement motivé par l'état de grossesse comme abusif mais si l'employeur invoquait un

(219) Cass. soc. 23 mai 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 370.
(220) Cass. soc. 8 janvier 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 26; Inf. Chef d'Entr. 1959.887.
(221) Cass. soc. 6 janvier 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 17; Inf. Chef d'Entr. 1962.528.
(222) Cass. soc. 10 janvier 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 27; Inf. Chef d'Entr. 1962.527.
(223) Cass. soc. 9 janvier 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 47; Inf. Chef d'Entr. 1959.216.

autre motif, surtout d'ordre économique, pour renvoyer une salariée en état de grossesse, ce licenciement était valable. Il appartenait alors à la salariée d'établir une faute de l'employeur dans l'exercice de son droit de licenciement.

Ainsi, le licenciement d'une ouvrière en congé de maternité n'était pas abusif de ce seul fait (224). Les juges du fond qui avaient considéré comme abusif le licenciement d'une ouvrière huit jours avant l'expiration de son congé de maternité ont vu leur décision cassée par la Cour suprême pour n'avoir pas discuté la réalité du motif invoqué par l'employeur, qui demeure juge des raisons d'ordre technique et pécuniaire qui peuvent le déterminer à réorganiser ses ateliers et à se priver du concours d'un collaborateur (225).

La Cour de cassation faisait donc appel à sa conception traditionnelle. Elle considérait également que la concomitance du licenciement et de la grossesse ne rend pas le licenciement abusif et que les juges du fond doivent examiner les arguments de l'employeur (226).

Toutefois, la jurisprudence considérait constamment comme abusif le licenciement motivé par l'état de grossesse de la salariée et par la volonté de l'employeur d'éluder les dispositions légales protectrices des femmes enceintes (227). Par ailleurs, la jurisprudence a considéré comme abusif le licenciement d'une salariée pour des absences et une diminution de rendement dès lors que l'employeur connaissait l'état de grossesse de l'intéressée auquel ces faits étaient dus (228). Dans une autre espèce, le comportement de l'employeur a été jugé comme empreint d'une légèreté blâmable. Il avait été informé de l'état de grossesse de son employée, attesté par un certificat médical lui prescrivant un repos d'un mois et il lui avait écrit à deux reprises pour se faire confirmer la date à laquelle se terminait le congé en déclarant en prendre bonne note. Il l'avait licenciée à la date fixée pour la reprise du travail (229).

Enfin, deux décisions sont assez significatives de la façon dont la jurisprudence relève la faute de l'employeur. Dans ces deux cas, elle fait appel uniquement à son comportement extérieur sur lequel elle fonde son appréciation de l'abus commis. Ce sont là des amorces pour un critère objectif de l'abus du droit de licencier, attitude très

(224) Cass. soc. 16 mai 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 434; D. 1958.484; 29 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 268.

(225) Cass. soc. 16 mai 1958, précité.

(226) Cass. soc. 27 avril 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 311; 14 février 1963, Inf. Chef d'Entr. 1963.868.

(227) Cass. soc. 5 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 559.

(228) Cass. soc. 13 avril 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 241; Inf. Chef d'Entr. 1956.886.

(229) Cass. soc. 22 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 539.

importante car comme nous l'avons déjà signalé le droit français ne voit dans l'abus de droit qu'un vice subjectif.

La première décision (230) concernait le licenciement d'une employée qui avait été effectué immédiatement après son retour au travail après un accouchement. Les juges du fond avaient constaté que la salariée avait été remplacée, pendant son absence, par une employée célibataire qui avait été conservée et qu'aucune raison ne justifiait cette mesure puisque l'intéressée était considérée jusque-là, par l'employeur lui-même, comme donnant satisfaction. La Cour suprême a approuvé les juges du fond qui avaient déclaré ce licenciement abusif.

Dans le second arrêt (231) une employée enceinte avait prévenu son employeur qu'elle prendrait son congé de maternité à compter d'une certaine date et qu'elle ne reviendrait plus ensuite. L'employeur avait aussitôt pris acte de la rupture de son contrat et s'était opposé à ce qu'elle reprenne le travail en prétendant qu'elle avait manifesté sa volonté de rompre et qu'il était dans la nécessité de pourvoir à son remplacement. Mais, il ne l'avait pas encore remplacée deux mois plus tard.

En présence de ces faits, les juges du fond avaient décidé que si cette employée avait donné un préavis plus long que l'usage ne l'y obligeait, ce préavis n'était pas expiré et que c'était l'employeur qui avait rompu brusquement et avec une légèreté blâmable son contrat encore en cours, sous un prétexte fallacieux. La Cour suprême a confirmé leur décision.

Quelle sera l'incidence de la nouvelle loi du 30 décembre 1966, relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité, sur la jurisprudence ci-dessus décrite ? Il est risqué de faire des prévisions à ce sujet mais la lecture de cette loi nous incite à ne pas surestimer sa portée pratique. En effet, le paragraphe I de son article 1er abrogeant et remplaçant l'article 29 du Livre Ier du Code du travail est ainsi rédigé : « Aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constatée et pendant une période de douze semaines suivant l'accouchement ».

Ce texte est clair et précis mais l'alinéa 2 de ce même paragraphe limite sérieusement sa signification : « Toutefois et sous réserve d'observer les dispositions du paragraphe III ci-après, *il* (*l'employeur*) *peut résilier le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement, de maintenir ledit contrat* ». Ce

(230) Cass. soc. 7 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 847.
(231) Cass. soc. 16 juillet 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 502.

deuxième alinéa est le résumé approximatif de la jurisprudence antérieure sur le licenciement d'une salariée en état de grossesse; il faut toutefois signaler que la charge de la preuve a été renversée. Tout dépend maintenant de la façon dont la jurisprudence interprétera ce texte.

2. D'une manière générale, la maladie de courte durée du salarié provoque une simple suspension et non la rupture du contrat de travail. Les conventions collectives prévoient des garanties pour la conservation de l'emploi en cas de maladie (232) en fixant également des modalités pratiques pour informer l'employeur. D'habitude les conventions collectives obligent le salarié à prévenir de son absence pour maladie, en la justifiant par l'envoi d'un certificat médical, dans un court délai. Les tribunaux estiment que le salarié qui ne satisfait pas à cette obligation commet une faute et que son licenciement n'est pas abusif (233).

Toutefois, les tribunaux ne sont pas trop rigides à cet égard. Une décision de la Chambre sociale du 25 janvier 1965 (234) est significative de ce point de vue. Un ouvrier malade avait régulièrement avisé son employeur de son état puis, à quatre reprises, lui avait notifié les prolongations de son arrêt de pravail conformément aux dispositions de la convention collective et du règlement intérieur l'obligeant à signaler ses absences pour maladie par certificat médical dans les quatre jours. L'ouvrier n'avait pas encore repris son travail à l'expiration de la dernière prolongation mais n'avait fait parvenir aucun nouveau certificat médical. L'employeur, sans s'enquérir de la situation de son ouvrier, l'avait considéré comme démissionnaire. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient considéré que l'employeur ayant licencié son ouvrier dans ces conditions avait agi avec une précipitation blâmable. De même, le licenciement d'une employée ayant 24 ans de service est abusif, lorsqu'il est motivé par un retard de quelques jours causé par une maladie, dans le but de la remplacer par une jeune fille de la famille de l'employeur (235).

La Cour de cassation a même estimé qu'en dépit de la perturbation occasionnée dans la marche de l'entreprise par l'accident du travail d'une employée ancienne, l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable en la licenciant trois jours avant la date prévue pour la

(232) Despax, Conventions collectives, *in* Traité Dr. Tr., tome VII, n° 151, p. 236 et s.

(233) Cass. soc. 6 novembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 607, Inf. Chef d'Entr. 1965.332.

(234) Gaz. Pal. 1965.1.382; Inf. Chef d'Entr. 1965.333.

(235) Cass. soc. 8 février 1962, Inf. Chef d'Entr. 1962.865.

reprise du travail sans s'être renseigné sur la durée possible de l'absence de cette salariée (236).

Les tribunaux doivent, par ailleurs, appliquer les dispositions de la convention collective éventuellement en vigueur. Lorsque l'employeur viole ces dispositions il est condamné à des dommages-intérêts au profit du salarié. Ainsi une convention collective disposait que les absences pour cause de maladie inférieures à un an ne constituaient pas de plein droit une rupture du contrat de travail. Un employeur commet donc une faute s'il licencie un salarié pour des absences successives dues à sa maladie et dont le total est inférieur à un an (237).

D. — L'allégation d'un motif de licenciement inexact par l'employeur.

Nous avons signalé auparavant (238) que l'allégation d'un motif inexact par l'employeur ne rend pas le licenciement abusif. La Cour de cassation avait considéré que l'imputation d'une faute grave non établie ne conférait pas automatiquement au licenciement un caractère abusif car les circonstances de la cause pouvaient démontrer l'absence d'intention malveillante de l'employeur. Elle cassait donc les décisions qui condamnaient l'employeur en se bornant à déclarer que le motif de renvoi invoqué ne pouvait pas être retenu (239).

Toutefois, cette position jurisprudentielle n'est pas sans nuances. Les tribunaux considèrent le licenciement comme abusif quand l'imputation d'un comportement fautif porte atteinte à l'honneur ou même à la simple réputation professionnelle du salarié ou lorsque le motif allégué n'est qu'un « fallacieux prétexte » de licenciement (240).

Il est très difficile de déterminer exactement cette jurisprudence car en ce domaine, tout est nuance. L'appréciation du juge dépend largement des données individuelles de l'espèce. Pour cette raison, il n'est même pas souhaitable d'inclure cette matière jurisprudentielle dans une doctrine rigide qui entraverait son développement.

En examinant la jurisprudence, on pourrait dégager trois idées directrices. En premier lieu, le licenciement est considéré, sous certaines autres conditions, comme abusif lorsque l'employeur allègue

(236) Cass. soc. 14 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 648.
(237) Cass. soc. 6 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 457.
(238) *Supra* Section I, Sous-Section 1, A.
(239) Cass. soc. 15 mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 225; 15 novembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 767.
(240) G.-H. Camerlynck, Du « motif inexact » au « fallacieux prétexte », D. 1959, Chr., p. 129.

une faute non établie. En second lieu, la jurisprudence aboutit à la même conclusion si l'employeur a voulu cacher, sous un motif inexact, le véritable motif du licenciement qui n'est pas toujours plausible. En troisième lieu, le juge considère parfois, sous certaines autres conditions, comme abusif le licenciement lorsque le motif allégué n'est qu'un « fallacieux prétexte » traduisant la « légèreté blâmable » avec laquelle l'employeur a prononcé ce licenciement.

1. Quelquefois le caractère abusif du licenciement résulte de l'imputation au salarié d'une faute non établie. Ce caractère est plus facilement accepté par le juge lorsque l'employeur invoque une faute lourde à la charge du salarié. Le contraste entre la gravité de la faute imputée et son inexistence, en fait, témoigne aux yeux du juge la légèreté blâmable avec laquelle ce licenciement a été prononcé.

Deux arrêts sont significatifs à cet égard. Dans le premier cas une salariée avait été licenciée « au prétexte qu'elle bavardait trop dans l'atelier et qu'elle y avait créé du désordre et du scandale ». Les juges du fond ont relevé que l'employeur « avait grossi un incident bénin dans le but malicieux de se séparer de son ouvrière, alors que celle-ci n'avait commis la faute lourde alléguée à son encontre » et ils ont déclaré ce licenciement abusif. Ils ont été approuvés par la Cour suprême (241).

Dans la deuxième espèce (242), une autre employée avait été licenciée « au motif qu'elle incitait dans son service de nombreuses réclamations des clients » mais « l'enquête ordonnée en première instance n'a pas établi l'exactitude des griefs ». Les juges du fond estimant que ces griefs « mettaient en cause la conscience professionnelle de l'employée » et se fondant sur certains autres faits, ont décidé que ce licenciement avait été opéré avec une intention malveillante et était donc abusif. La Cour de cassation a confirmé leur décision.

De même le licenciement d'un salarié auquel son employeur imputait une faute grave (occasionnement d'avaries importantes, dues à sa maladresse, au camion qui lui était confié) mais dont l'existence n'avait pas été démontrée lors de l'enquête, a été considéré comme abusif (243). La jurisprudence a adopté la même solution à propos du licenciement d'un représentant contre lequel l'employeur invoquait des griefs dont il ne pouvait ignorer l'inconsistance car l'activité

(241) Cass. soc. 30 janvier 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 118; Inf. Chef d'Entr. 1958.591.

(242) Cass. soc. 19 mai 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 454; Inf. Chef d'Entr. 1959.19.

(243) Cass. soc. 11 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 572.

de ce représentant avait favorisé l'essor considérable de son entreprise. En le licenciant donc pour une faute lourde, nullement établie l'employeur avait rompu abusivement son contrat de travail (244).

Le licenciement est plus facilement caractérisé comme abusif lorsque les motifs invoqués par l'employeur sont non seulement mensongers mais diffamatoires (245). Un arrêt est significatif à cet égard (246).

Il s'agissait du licenciement, par un propriétaire de chevaux de course, de son entraîneur particulier ; l'employeur lui imputait un rôle prépondérant dans l'achat d'un cheval et lui reprochait les conséquences désastreuses qui en furent la suite. Les juges ont déclaré que ce renvoi était abusif car l'employeur avait allégué un motif inexact en invoquant des fautes qui ne résultaient pas du dossier. Ils ont fondé leur jugement en estimant que le renvoi du salarié, dans ces conditions, se traduisait par l'impossibilité pour l'entraîneur de retrouver un emploi de même catégorie dans sa spécialité. Autrement dit, le licenciement était abusif car les motifs inexacts invoqués par l'employeur portaient atteinte à la réputation professionnelle du salarié et compromettaient gravement son avenir professionnel.

Le comportement de l'employeur est encore plus abusif lorsqu'il impute à la légère à son salarié des infractions à la loi pénale. Un renvoi dans de telles circonstances est considéré comme abusif car il porte atteinte à la réputation du salarié en jettant du discrédit sur lui. Il en a été ainsi du licenciement d'un employé qui avait été accompagné, avant tout contrôle sérieux, du dépôt d'une plainte en abus de confiance demeurée sans suite (247) ou du licenciement d'un autre employé accompagné d'une plainte en vol et abus de confiance, déposée nommément contre l'intéressé sur des soupçons d'ordre subjectif dont l'information avait révélé l'inexactitude (248).

2. D'une manière générale, lorsque les juges constatent que les motifs fallacieux invoqués par l'employeur dissimulaient sa volonté de se séparer du salarié pour des raisons autres que celles dictées par l'intérêt de l'entreprise, ils sont en droit de décider que l'employeur, ayant agi avec une légèreté blâmable, avait rompu abusivement le contrat de travail qui le liait à son salarié (249).

(244) Cass. soc. 2 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 230.
(245) Cass. soc. 5 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 563.
(246) Paris, 28 octobre 1963, Clouzet c. Le Forban, inédit.
(247) Cass. soc. 21 avril 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 351.
(248) Cass. soc. 4 avril 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 270; 5 avril 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 241.
(249) Cass. soc. 16 février 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 119; Inf. Chef d'Entr. 1956.512; 22 juin 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 430; Inf. Chef d'Entr. 1957.30;

Il en a été ainsi lorsque l'employeur avait employé des prétextes fallacieux destinés à masquer le véritable motif du licenciement qui était l'action syndicale de ce salarié (250) ou son refus de se prêter à des pratiques répréhensibles et frauduleuses (251) ou encore la déposition, faite par l'ouvrier dans une information pénale, visant entre autres l'un des gérants de l'entreprise (252).

Il en est de même lorsque la prétendue réorganisation alléguée par l'employeur n'était qu'un prétexte pour permettre une réduction des salaires et provoquer de la part du salarié la rupture de son contrat de travail. Les juges ont estimé que ces manœuvres de l'employeur étaient dolosives et qu'elles avaient causé à l'intéressé un préjudice dont l'employeur devait réparation (253). La jurisprudence a considéré également comme abusif un licenciement où l'employeur avait varié successivement dans ses motifs, révélés inexacts, et avait prononcé ce licenciement à la suite d'une demande de « congé éducation », formulée par le salarié, pour participer à un stage de formation syndicale (254).

Dans cette optique, il faut également signaler l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 24 février 1965 (255). Un directeur de société avait été licencié. Les juges du fond, ayant constaté que son licenciement n'avait d'autre objet que de donner son emploi à un membre de la famille du gérant de cette société, avaient décidé qu'en tentant de justifier ledit congédiement par des prétextes fallacieux d'insuffisance professionnelle ou de réorganisation de l'entreprise, l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable. La Cour suprême a approuvé leur décision.

3. La partie la plus significative de la juriprudence est celle qui lie le caractère abusif du licenciement à l'utilisation d'un « prétexte fallacieux » par l'employeur. Certes, nous répétons que l'inexactitude du motif allégué ne suffit pas, à elle seule, à rendre le licenciement abusif. La jurisprudence exige, d'une part, que l'utilisation de ce « prétexte fallacieux » soit, dans une certaine mesure, empreinte d'une malveillance envers le salarié et, d'autre part, que d'autres facteurs, tels l'ancienneté ou l'exécution consciencieuse du travail

16 juillet 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 474; Inf. Chef d'Entr. 1957.28; 19 mai 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 453.

(250) Cass. soc. 22 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 341.

(251) Cass. soc. 15 juillet 1955, Bull. civ. 1955, IV, p. 471; Inf. Chef d'Entr. 1956.114.

(252) Cass. soc. 1er mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 214.

(253) Cass. soc. 27 avril 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 276.

(254) Cass. soc. 11 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 189.

(255) Bull. civ. 1965, IV, p. 131.

par l'intéressé, rendent l'allégation d'un motif inexact pour son licenciement encore plus injuste.

La jurisprudence est très importante en cette matière car le juge formule son appréciation du licenciement en se fondant de plus en plus sur des facteurs objectifs malgré le caractère subjectif de l'abus de droit qui est adopté par le droit français. Ici les juges fondent plus fréquemment leur appréciation sur le comportement extérieur de l'employeur eu égard à certaines données concernant le salarié. Ils établissent la faute de l'employeur en présumant celle-ci à partir des circonstances objectives de l'espèce.

Cette jurisprudence se rapproche des droits allemand et grec qui adoptent une conception objective de l'abus du droit de licenciement ou du licenciement socialement injustifié.

Nous fournirons quelques exemples de la jurisprudence française sur ce point.

Un arrêt de la Chambre sociale (256) fonde le caractère abusif du licenciement en retenant qu'il s'agissait d'un salarié *ancien, chargé de famille,* et *ayant donné toute satisfaction* et que son licenciement avait été prononcé sous le prétexte fallacieux de compression du personnel, alors qu'en réalité son emploi n'avait pas été supprimé. Il en a été de même du licenciement d'un salarié pour un motif faux, après de *longues années de service, au début d'une maladie aussitôt notifiée à l'employeur* (257). La Cour suprême a également estimé que l'allégation de faux motifs constituait, *eu égard aux circonstances particulières de l'espèce,* une légèreté blâmable de la part de l'employeur (258).

Il faut noter que dans les décisions précédemment citées la faute de l'employeur est fondée, d'une part, sur l'allégation par lui d'un motif faux et, d'autre part, sur des facteurs purement objectifs tels que l'ancienneté ou la satisfaction que donnait le salarié dans son service.

Dans cette optique une autre décision est très significative (259). Il s'agissait du licenciement d'un manœuvre en gros travaux, employé depuis neuf ans dans l'entreprise, au motif de réorganisation et de suppression d'emploi. Mais, onze jours seulement après ce licenciement, un autre ouvrier avait été embauché comme manœuvre « gros travaux ». L'employeur n'avait reproché aucune faute à l'ouvrier licencié.

(256) 20 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 217.
(257) Cass. soc. 16 mai 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 354.
(258) Cass. soc. 28 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 275.
(259) Cass. soc. 11 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 321; D. 1964.520; J.C.P. 1964.II.13768.

En présence de ces faits d'où il résultait que le motif de suppression d'emploi était inexact, le licenciement a été considéré comme abusif.

Ici encore la Cour de cassation a fondé sa décision sur des facteurs objectifs, essentiellement sur l'ancienneté du salarié car l'inexactitude du motif de réorganisation de l'entreprise ne pouvait pas rendre, à elle seule, le licenciement abusif.

La Cour suprême a adopté une position analogue dans un arrêt du 5 octobre 1966 (260). La réorganisation de l'entreprise s'était révélée inexact comme motif de licenciement puisqu'un mois plus tôt un poste équivalent à celui qu'il occupait avait été offert au salarié licencié ce qui écartait implicitement tout reproche d'incompétence ou de gêne apportée à la marche de l'entreprise. Le salarié ayant fait reconnaître, quelque temps auparavant, le bien-fondé des ses réclamations relatives à son salaire par une décision de justice, son licenciement a été considéré comme abusif.

Dans trois autres arrêts, la Cour de cassation a fondé le caractère abusif du licenciement sur l'allégation successive par l'employeur de différents motifs qui s'étaient tous avérés inexacts (261). Ici la répétition des motifs inexacts témoignait aux yeux de la jurisprudence de la légèreté blâmable avec laquelle l'employeur avait procédé au licenciement.

Enfin, dans une autre espèce, une employée avait régulièrement justifié ses absences conformément aux prescriptions de la convention collective. L'employeur invoquait cependant pour la licencier l'inaptitude physique mentionnée dans un certificat médical établi irrégulièrement et contredit par d'autres certificats dont l'employeur avait la possibilité de vérifier la valeur. Les juges du fond, après avoir constaté au vu d'une expertise l'aptitude au travail de la salariée en avaient déduit que le motif de congédiement n'était qu'un prétexte témoignant de la légèreté blâmable avec laquelle l'employeur avait procédé au licenciement. La Cour de cassation a confirmé cette décision (262).

Cet ensemble de jurisprudence, dont nous avons donné quelques exemples, constitue le point le plus avancé de la jurisprudence française en ce qui concerne les limitations qu'elle pose au libre exercice du licenciement libérateur par l'employeur. Sur ce point, elle dépasse, encore timidement il est vrai, la conception de l'abus de droit-vice subjectif pour rejoindre les limitations conçues comme des vices objectifs.

(260) D. 1966.716.

(261) Cass. soc. 23 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 157; 19 décembre 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 1071; 14 octobre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 646.

(262) Cass. soc. 4 décembre 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 989.

E. — Quelques observations sur les droits belge et luxembourgeois.

En Belgique, tant en ce qui concerne le contrat de travail que le contrat d'emploi, le juge peut intervenir à un double titre, en raison de la nature du licenciement prononcé.

Si l'employeur prononce un licenciement en observant le préavis, le contrôle judiciaire porte sur l'observation des règles de forme.

Etant donné qu'en ce qui concerne le contrat de travail, la loi n'impose pas de forme au congé, le juge se contentera d'examiner si le préavis légal a été réellement observé. S'il constate que le préavis n'a pas été intégralement respecté, il condamne l'employeur à une indemnité forfaitaire qui est égale à la rémunération correspondant soit à la durée du préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir. D'autre part, le juge peut condamner l'employeur au paiement de dommages et intérêts qui ne peuvent pas être cumulés avec l'indemnité forfaitaire, si l'ouvrier prouve l'existence et l'étendue d'un préjudice causé par la non-observation du préavis (263). En cas de contrat d'emploi, le contrôle judiciaire paraît légèremnt renforcé. Ici le congé doit être notifié par écrit sous peine de nullité. Le juge examinera si cette formalité a été remplie. En outre, le pouvoir du juge est plus étendu en ce qui concerne un contrat d'emploi stipulant une rémunération qui dépasse 120 000 francs belges. Dans ce cas, la durée du préavis est fixée par la convention ou, à défaut, par le juge. Donc, en ce cas de licenciement sans motif grave et sans observation du préavis, c'est le juge qui fixera l'indemnité de licenciement sur la base d'un délai de préavis qu'il fixera également lui-même (264).

Mais il faut signaler qu'en cas de licenciement avec observation du préavis, le juge se borne à un contrôle concernant l'observation des règles de forme et, à défaut, à la fixation de l'indemnité de licenciement. Il ne peut pas en contrôler les motifs. Néanmoins, le juge peut condamner l'employeur à des dommages-intérêts en cas de licenciement abusif, même si le préavis a été observé (265). Mais le contrôle judiciaire du licenciement au moyen de la technique de l'abus de droit n'a pas atteint en Belgique le développement qu'il a connu en France.

Si l'employeur prononce un licenciement sans observer le préavis en invoquant des motifs graves, le contrôle judiciaire devient plus

(263) HORION, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 117.
(264) HORION, *op. cit.*, p. 132.
(265) HORION, *op. cit*, pp. 118 et 133.

substanciel. Ici le juge contrôlera également l'observation des règles de forme qui sont renforcées en ce qui concerne le contrat d'emploi (266). Mais il contrôlera également les motifs. Il examinera si les faits invoqués constituent bien des motifs graves permettant une rupture immédiate du contrat (267).

On s'aperçoit donc que le contrôle judiciaire varie d'après la nature du licenciement prononcé : Contrôle de l'observation des formalités en cas de licenciement avec préavis; contrôle des formalités mais aussi des motifs en cas de licenciement immédiat pour motif grave. Un certain contrôle des motifs est possible dans le premier cas au moyen de la théorie de l'abus de droit mais ce contrôle reste toutefois moins développé qu'en France.

Au luxembourg, le contrôle judiciaire du licenciement apparaît comme restreint. Il se résume à un contrôle des règles de forme, spécialement du préavis, et au calcul de l'indemnité forfaitaire en cas de non-observation du préavis. Contrairement en ce qui se passe en Belgique, le salarié peut demander des dommages-intérêts d'un montant supérieur à l'indemnité forfaitaire après avoir renoncé à cette dernière. La notion d'abus de droit n'est pas admis non plus par la jurisprudence luxembourgeoise (268).

Sous-Section 2.

VICE OBJECTIF

Les droits allemand, grec, italien et néerlandais adoptent, en ce qui concerne notre sujet, des positions à la fois proches et différentes. Tous ils posent des limites d'ordre objectif au droit de licenciement de l'employeur. Ils utilisent toutefois des notions différentes. Le droit allemand interdit le licenciement « socialement injustifié », le droit hellénique se fonde sur la théorie classique de l'abus de droit et le droit néerlandais sanctionne le licenciement « manifestement déraisonnable ». Enfin, le législateur italien se montre plus souple en stipulant que le licenciement ne peut intervenir que pour une « juste cause » ou pour un motif précis et valable. D'autres différences subsistent entre ces droits surtout sur le plan de la preuve.

(266) Horion, *op. cit.*, p. 135 et s.

(267) Horion, *op. cit.*, pp. 120, 135 et 136.

(268) Kayser, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 293; du même auteur, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1966, p. 571 et s.

A. — Le droit allemand.

Quand on commence à examiner la jurisprudence allemande relative à la notion de licenciement socialement injustifié une constatation s'impose. Le juge allemand appréciera si le motif de licenciement avancé par l'employeur justifie socialement le licenciement. Car le système allemand confère au juge un véritable contrôle des motifs du licenciement.

En somme, le juge allemand procédera en deux étapes. Il appréciera, en premier lieu, la matérialité des faits constitutifs du motif du licenciement, dont, par ailleurs, l'employeur supporte la charge de la preuve et, en second lieu, il dira si ce motif *justifie socialement le licenciement.*

Il y a ici une différence avec le droit français car le juge français limite le droit du licenciement d'une façon négative, tandis que le juge allemand doit accorder au licenciement une qualification positive. Bref, le juge français devra qualifier un licenciement d'abusif pour limiter sa portée, tandis que le juge allemand devra le qualifier de « socialement justifié » afin qu'il soit valable. S'il ne lui attribue pas cette qualification, le licenciement est inefficace.

Cette différence découle de l'organisation opposée des deux systèmes. Le droit français reconnaît à l'employeur un droit de libre exercice du licenciement libérateur. Il apporte, par ailleurs, des limitations à ce droit fondées sur la théorie de l'abus de droit. Donc, le juge français doit dire, dans chaque cas déterminé, si l'employeur a dépassé les limites de son droit.

Le droit allemand, pose, en réalité, de véritables conditions de fond à l'exercice du licenciement libérateur (269). Le juge allemand doit, par conséquent, procéder autrement dans son contrôle du licenciement. Il doit vérifier si l'employeur a observé ces conditions lors de l'exercice de son droit. Autrement dit, il doit dire si le licenciement a été effectué dans des conditons conformes aux exigences légales.

Si on veut résumer la différence entre ces deux droits on peut dire que le juge français doit décider si l'employeur a commis une faute lors de l'exercice de son droit de licenciement, tandis que le juge allemand apprécie si un licenciement effectué dans certaines circonstances se justifie socialement.

Nous avons signalé auparavant (270) sous quelles conditions le licenciement est considéré comme socialement justifié. Il en est

(269) *Supra* chap. II.
(270) *Supra* chap. II.

ainsi, dispose la loi du 10 août 1951 (§ 1), lorsqu'il est imposé soit par des raisons se rapportant à la personne ou au comportement du salarié soit par les « nécessités impérieuses de l'entreprise ».

Le contrôle judiciaire consiste essentiellement à apprécier si, dans chaque cas déterminé, le licenciement a été imposé par une des raisons énumérées par le pargraphe 1,2 du KSchG. Ceci amène la jurisprudence allemande à expliquer la signification des termes « raisons concernant la personne du salarié », « raisons concernant le comportement du salarié » et « nécessités impérieuses de l'entreprise ».

La jurisprudence allemande est caractérisée par un grand pragmatisme en ce domaine. Elle utilise certes l'élaboration théorique des concepts contenus dans la loi mais dans le but de donner les solutions les mieux adaptées dans chaque cas d'espèce.

1. La loi du 10 août 1951 stipule, en premier lieu, que le licenciement se justifie socialement lorsqu'il est imposé par des *raisons concernant la personne du salarié*. Mais qu'est-ce que signifie ce terme ?

En général, une aptitude intellectuelle ou corporelle diminuée peut constituer une telle raison. Ce sera par exemple le cas lorsque le salarié montre une maladresse, une formation professionnelle défaillante ou un manque d'aptitude dans l'acquisition des connaissances nécessaires pour l'accomplissement de sa tâche. Une telle raison peut constituer, par ailleurs, une maladie qui ne rend certes pas le salarié inapte d'une façon générale mais le rend inapte à accomplir le travail pour lequel il a été embauché d'une façon non temporaire.

Mais ces considérations n'ont pas un sens absolu. Il faut toujours les apprécier d'après les circonstances particulières de l'espèce. Il faut que l'employeur examine par exemple, si cette diminution de l'aptitude professionnelle n'est pas due à un dommage causé par le service ou n'est pas la conséquence normale de l'âge lorsqu'il s'agit d'un salarié ancien ayant donné satisfaction pendant la durée de son service (271).

La question de savoir si une incapacité temporaire due à une maladie ou à un accident de travail peut justifier le licenciement reste contestée. Cela dépend beaucoup des circonstances particulières de l'espèce. D'une manière générale, l'employeur doit chercher, en vertu de son devoir d'assistance (Fürsorgepflicht), à eviter le licenciement, si la fin de cette incapacité est prévisible. Toutefois, des raisons particulières, telles qu'une longue durée d'incapacité ou

(271) Hueck, KSchG, 5° éd. 1965, § 1, n° 34, p. 74 et la jurisprudence citée.

l'impossibilité de trouver un remplaçant sans lui offrir un poste stable, peuvent justifier le licenciement (272).

L'arrivée à l'âge de 65 ans ne justifie pas à elle seule le licenciement. Mais cette circonstance peut jouer un rôle lors de l'établissement de la liste des départs en cas de licenciement collectif, surtout si le salarié jouit d'une pension ou s'il existe, en plus, des raisons inhérentes à l'organisation de l'entreprise (273). Sur ce point, des clauses particulières existent dans les conventions collectives ou dans les contrats individuels.

Le licenciement peut, par ailleurs, être justifié par des raisons concernant la personne du salarié, si l'employeur ne peut se prémunir contre le danger de violation des secrets de son entreprise qu'en prenant cette mesure. Ce sera notamment le cas si le salarié entre en relations familiales avec le propriétaire d'une entreprise concurrente (274). Cette position de la jurisprudence allemande est très proche de celle de la jurisprudence française (275) qui ne considère pas comme abusif le licenciement intervenu dans des circonstances analogues.

2. Le licenciement peut être justifié par des *raisons concernant le comportement du salarié.*

En général, constituent de telles raisons les violations par le salarié de ses devoirs ou obligations contractuelles. Mais la jurisprudence n'exige pas, en ce cas, que ces violations soient aussi graves que pour justifier un congédiement extraordinaire. Il est suffisant qu'il existe des faits qui amèneraient un employeur agissant avec tranquilité et compréhension à décider un licenciement (276).

Il en est ainsi lorsqu'il y a un comportement fautif de la part du salarié. Dans certaines circontances, il n'est même pas exigé une faute de la part du salarié. Il suffit que son comportement ait causé un préjudice à l'employeur ou qu'il existe des risques que ce préjudice se répète (277). Le fait que le salarié ait été, dans le comportement qui a causé le préjudice, victime d'une erreur ne rend pas *a priori* son licenciement antisocial.

Comme violations pouvant justifier un licenciement, on entend toutes les violations des obligations ou des devoirs contractuels qui

(272) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 636, note 32.

(273) HUECK, *op. cit.*, n° 34*b*, p. 75 et la jurisprudence citée; comparer avec le point de vue de NIKISCH, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 760.

(274) HUECK, *op. cit.*, n° 34*c*, p. 76 et la jurisprudence citée.

(275) *Supra* Section I, Sous-Section 2, C.

(276) Es genügt, dass ein Tatbestand vorliegt, der auch einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würde, HUECK, *op. cit.*, n° 35, p. 77.

(277) HUECK, *op.* et *loc. cit.* et la jurisprudence citée.

pèsent sur le salarié en vertu de la relation de travail (278). Il s'agira notamment d'un refus de travailler, d'absences ou de retards répétés ou d'une mauvaise exécution du travail (279).

2*a*. Un problème important se pose en droit allemand, à savoir si le gêne apporté au bon fonctionnement de l'entreprise par les mauvais rapports du salarié avec ses camarades de travail, peut justifier son licenciement. La réponse à cette question est, en principe, positive. Car même si le salarié exécute bien ses obligations et ses devoirs son licenciement se justifie s'il se trouve en mésintelligence ou en état de querelle avec ses collègues.

Ici s'interpose un autre problème. Il s'agit de savoir si la demande de licenciement formulée contre un salarié par le conseil d'entreprise et fondée sur le trouble répété causé par ce dernier à la paix dans l'entreprise justifie le licenciement prononcé, à la suite de cette demande, par l'employeur. Cette question particulière entre dans le cadre du problème plus général posé par le licenciement opéré sous la pression d'un tiers (organisation syndicale ou autre) qui est désigné en Allemagne par le terme Druckkündigung.

Il faut ouvrir ici une parenthèse pour expliquer très brièvement une situation du droit allemand qui n'existe pas en droit français.

Le paragraphe 66 n° 4 de la loi du 11 octobre 1952 sur l'organisation de l'entreprise (Betriebsverfassungsgesetz) dispose (280) que si le salarié trouble sérieusement et d'une façon répétée la paix de l'entreprise par un comportement soit associal soit illégal, le conseil d'entreprise peut demander à l'employeur le licenciement ou la mutation dudit salarié.

Ensuite, le même texte stipule que si l'employeur ne se conforme pas à la demande du conseil d'entreprise, ce dernier peut introduire une action en justice pour demander la reconnaissance du bien-fondé de sa demande adressée à l'employeur. Si le tribunal accepte cette action du conseil d'entreprise, l'employeur est obligé de prendre la mesure demandée par le conseil en respectant le délai de préavis en vigueur.

Il faut signaler que le trouble apporté à la paix de l'entreprise ne suffit pas, à lui seul, pour donner lieu à la demande de licenciement formulée par le conseil d'entreprise contre le salarié. Il faut qu'il s'agisse d'*un trouble sérieux et répété provoqué par un*

(278) Sur l'étendue de ces devoirs et obligations voir HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 197 et s.

(279) HUECK, *op.* et *loc.* cit. et la jurisprudence citée.

(280) Hat ein Arbeitnehmer wiederholt durch unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten den Betriebsfrieden ernstlich gestört, se kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung des Arbeitnehmers verlangen.

comportement soit associal soit illégal du salarié. Ce comportement du salarié *il faut qu'il lui soit imputé comme faute.*

Cette disposition pose de délicats problèmes, en ce qui concerne surtout ses rapports avec le principe de la liberté syndicale, qu'il n'est pas possible d'examiner dans le cadre de notre travail (281).

Toutefois, la demande de licenciement d'un salarié formulée par le conseil d'entreprise ne rend pas, à elle seule, le licenciement socialement justifié. Il faut que l'employeur examine si cette demande est objectivement fondée sur le comportement dudit salarié. Si cela n'est pas le cas, l'employeur a le devoir de protéger son salarié. Car s'il licencie ce dernier à la suite d'une demande non objectivement fondée du conseil d'entreprise (et ce sera le cas lorsque le conseil agit pour des raisons autres que celles prévues par le paragraphe 66,4 BetrVG) il porte atteinte à son devoir d'assistance envers son salarié (282).

Mais si l'employeur, en présence d'une demande de licenciement non objectivement fondée, n'arrive pas à persuader le conseil d'entreprise de retirer sa demande, les données du problème changent. C'est surtout le cas lorsque le conseil d'entreprise persiste dans sa demande et menace l'employeur d'une grève dans le cas où il ne se conformerait pas à sa demande de licenciement (283). Dans ce cas, l'employeur doit choisir entre le licenciement du salarié et de graves dommages économiques mettant peut être en cause l'existence de son entreprise. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence allemande (284) considère que le licenciement est justifié car il est fondé sur l'intérêt de l'entreprise. Mais il faut pour cela que l'employeur n'ait disposé d'aucune autre mesure que le licenciement du salarié pour éviter la réalisation de la menace émanant de son personnel. Il faut, avant d'arriver à cette ultime mesure, essayer toutes les autres possibilités de détourner le conseil de sa menace, notamment en imposant d'autres sanctions au salarié ou sa mutation dans un autre poste (285).

En présence de telles situations, le juge doit procéder à une appréciation de tous les intérêts en présence notamment de celui de l'entreprise et de celui du salarié. D'une manière générale, le salarié est obligé d'accepter une éventuelle mesure de compromis, tel un changement d'affectation par exemple, prise par l'employeur dans le but d'éviter un licenciement. S'il refuse, le licenciement

(281) Voir à ce sujet DIETZ, Betriebsverfassungsgesetz, 4° éd. 1967, § 66, n° 36 et s., p. 839 et s. avec des références en jurisprudence et en doctrine.

(282) HUECK, *op. cit.*, n° 35*a*, p. 77 et s. et la jurisprudence citée.

(283) NIKISCH, *op. cit.*, p. 729; SCHULTZ, Die Druckkündigung im Arbeitsrecht, RdA, 1963, p. 81 et s.

(284) HUECK, *op. cit.*, p. 78.

(285) BULLA, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Druck, Festschrift für HUECK, 1959, p. 37.

sera considéré comme socialement justifié (286). Mais l'employeur ne peut pas se prévaloir de la pression d'un tiers pour justifier le licenciement si cette situation est due à sa faute.

Toutefois, le droit allemand reconnaît que le salarié licencié à la suite d'une demande du conseil d'entreprise formulée sans qu'une des raisons mentionnées dans le paragraphe 66,4 BetrVG existe, a le droit d'être indemnisé par le conseil (286 *bis*).

Les mêmes principes s'appliquent lorsque la pression exercée sur l'employeur en vue du licenciement d'un de ses salariés provient, soit d'un client, soit d'un syndicat d'employeurs ou de salariés, soit, enfin, d'un autre employeur.

Il est à remarquer qu'en ce qui concerne le licenciement effectué sous la pression d'une organisation syndicale, les divergences apparaissent entre les droits français et allemand. La jurisprudence française (287) considère un tel licenciement comme abusif car il estime que l'employeur, revêtu d'un pouvoir de direction, ne doit pas céder à la pression d'une partie de son personnel.

Au contraire, la jurisprudence allemande apparaît plus réaliste. Elle justifie le licenciement opéré sous une telle pression à condition qu'elle soit sérieuse et que l'employeur ne puisse par d'autres mesures éviter la réalisation des menaces qui peuvent causer de graves dommages à l'entreprise. Elle met donc en avant l'intérêt de l'entreprise.

Par ailleurs, le salarié licencié sous la pression illégale d'un tiers peut demander la condamnation de celui-ci à la réparation du dommage qu'il a subi à la suite de ce licenciement. Il serait intéressant de voir la position de la jurisprudence française à ce sujet car, à notre connaissance, le problème ne lui a pas encore été posé sous cet angle.

2*b*. Une infraction pénale commise par le salarié peut, sous certaines conditions, justifier son licenciement même quand elle porte atteinte à un tiers. Ce sera le cas lorsque ce comportement du salarié diminuera la confiance de son employeur envers sa personne ou lorsque la publicité donnée à cet acte portera atteinte aux intérêts de l'entreprise.

C'est sous cet angle qu'est également envisagé le problème de la vie privée du salarié. Un certain train de vie ou des relations extra-professionnelles peuvent justifier le licenciement soit en raison de

(286) Jurisprudence citée par Hueck, *op.* et *loc. cit.*

(286 *bis*) Dietz, *op. cit.*, n° 40*b*, p. 842; Bulla, *op. cit.*, p. 41; Blohm, Schadenersatz bei Druckkündigung, RdA, 1955, p. 303; Herschel, Druckkündigung und Schadensausgleich, RdA, 1953, p. 41 et s.; du même auteur, *in* Festschrift für Lehmann, 1956, p. 662 et s.

(287) *Supra* Sous-Section 1, A, 1.

la haute position de l'employé soit en raison de l'activité exercée par l'employeur qui exige une moralité stricte comme c'est le cas des associations religieuses, philantropiques ou autres (288). La jurisprudence française a donné la même solution dans une espèce analogue (289).

2*c*. La doctrine et la jurisprudence allemandes apportent par ailleurs des solutions très nuancées en ce qui concerne la légitimité d'un licenciement motivé par l'appartenance ou l'activité politique du salarié. L'étude de ce problème, qui en Allemagne dépasse le cadre du droit du travail, ne peut pas donc être effectuée dans les limites de cette thèse. En général, la solution de ce problème dépend de plusieurs facteurs et notamment du but, constitutionnel ou non, de l'action politique du salarié, de l'incidence de cette action sur l'entreprise et de la question de savoir si le salarié a une action politique au sens strict ou s'il appartient seulement à une organisation politique ou s'il a seulement des croyances philosophiques ou économiques (290).

2*d*. Le droit allemand protège très efficacement la femme en état de grossesse contre le licenciement (291). La loi du 24 janvier 1952 sur la protection des mères (Mutterschutzgesetz) interdit dans son paragraphe 1er le licenciement d'une femme pendant la période de grossesse et quatre mois après l'accouchement (292). La seule condition de cette interdiction est que l'employeur connaisse l'état de sa salariée ou que cet état lui soit communiqué au moins une semaine après la signification du congé à l'intéressée (293).

Il faut signaler que l'interdiction du licenciement pendant la période de protection concerne non seulement le licenciement ordinaire mais également *le licenciement extraordinaire* (294).

3. En troisième lieu, la loi du 10 août 1951, considère comme socialement justifié le licenciement lorsqu'il est imposé par les « nécessités impérieuses de l'entreprise » (dringende betriebliche Erfordernisse). La jurisprudence en interprétant ce terme, justifie, en général,

(288) Hueck, *op. cit.*, n° 35*b*, p. 79 et la jurisprudence citée.

(289) *Supra* Section I, Sous-Section 2, C.

(290) Pour plus de détails nous nous référons à l'étude de M. Depenbrock, Mitgliedschaften bei politischen Parteien als Kündigungsgründe, RdA, 1961, p. 186 et s.

(291) Endemann, Der Kündigungsschutz der werdenden Mutter, RdA, 1953, pp. 11 et 383.

(292) Bulla, Das neue MSchG des Bundes, RdA, 1952, p. 10.

(293) Sur les problèmes particuliers soulevés par cette disposition voir Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 729 et s. avec de nombreuses références en doctrine et en jurisprudence; adde : Schlessmann, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 103 et s.

(294) Below, Die ausserordentliche Kündigung im MutterSchG, RdA, 1953, p. 219 et s.; Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 731.

le licenciement lorsqu'il est effectué par l'employeur dans le cadre du droit de direction (Direktionsrecht) qui lui est reconnu également en Allemagne.

Nous ne reviendrons plus sur ce point car nous avons déjà évoqué les positions du droit allemand à ce sujet. Nous signalons seulement (295) que l'employeur n'est pas obligé de reclasser le salarié, licencié à cause de nécessités impérieuses de l'entreprise, *dans une autre entreprise* qu'il possède éventuellement. Il doit au contraire examiner s'il peut lui accorder un autre poste dans la même entreprise, éventuellement dans un autre atelier (296).

Cette dernière position du droit allemand est plus favorable au salarié puisqu'une obligation de reclassement est reconnu à sa charge. En droit français, une telle obligation n'existe qu'en cas de clause conventionnelle.

B. — Le droit hellénique.

En Grèce, une limitation est apportée au libre exercice du licenciement libérateur par la théorie de l'abus de droit. Mais l'abus de droit *est conçu en Grèce comme un vice objectif* de l'exercice du droit de licenciement (297).

Autrement dit, le juge ne cherchera pas seulement à trouver et à sanctionner une faute de l'employeur, mais il estimera son comportement en tant que tel en procédant à une appréciation objective des intérêts en présence, celui de l'entreprise et celui du salarié à la conservation de son emploi. L'article 281 du Code civil interdisant l'abus lors de l'exercice des droits est une disposition d'ordre public (298).

En résumé, le droit grec se rapproche du droit français en ce qui concerne la forme du contrôle judiciaire. Ces deux droits *utilisent la théorie de l'abus de droit pour apporter des limitations à l'exercice, par l'employeur, de son droit de licenciement.* Mais tandis que le droit français *conçoit cette théorie comme un vice subjectif, le droit hellénique la conçoit comme un vice objectif.*

De ce dernier point de vue, le droit grec se rapproche du droit allemand. Il en résulte que la jurisprudence de l'Aréopage *donne à la notion de l'abus de droit un contenu concret très analogue à celui que la jurisprudence allemande donne à la notion de licenciement antisocial.*

(295) Hueck, *op. cit.*, n° 38*b*, p. 87 et s.

(296) Hueck, Die Pflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer, im Festchrift für Hedemann, 1958, p. 131 et s.

(297) Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, § 50, p. 399 et s.

(298) A.P. n° 227/1966, E.E.D. 1966, p. 1041.

Nous n'insisterons pas sur les détails de cette jurisprudence dont les solutions pratiques se situent dans le même courant que celles des droits français et allemand.

En général, le licenciement motivé par l'intérêt de l'entreprise est légitime. Il en est ainsi notamment en cas de nécessités économiques ou techniques (299). Toutefois, comme nous l'avons déjà signalé (300) la jurisprudence exige que, lors d'un licenciement intervenant pour de telles raisons, l'employeur doit opérer le choix des salariés qui seront licenciés d'après des critères sociaux. S'il n'observe pas cette obligation, le licenciement qu'il a prononcé sera qualifié d'abusif (301).

Toutefois, l'Aréopage considère comme abusif le licenciement lorsqu'il est motivé par la volonté de l'employeur d'éviter le paiement d'un nouveau taux d'allocation familiale, résultant de la naissance d'un nouvel enfant du salarié, en embauchant, à la place de l'intéressé, un salarié n'ayant pas de charges familiales (302). Il en est de même du licenciement d'un salarié dans le but d'éviter le paiement d'une prime d'ancienneté (303).

Un arrêt de l'Aréopage (304) a toutefois estimé que le licenciement d'un salarié, motivé non par des difficultés économiques mais par l'intention de l'employeur d'éviter le paiement d'un salaire plus élevé en embauchant à la place de l'intéressé un autre salarié n'ayant pas d'ancienneté, était abusif.

Cette décision a été critiquée par une partie de la doctrine (305) qui a fait valoir, entre autres arguments de fait et de droit, que l'employeur a la faculté d'organiser ses services de la façon la mieux appropriée pour réduire le coût de la production dans l'intérêt de son entreprise. Il faut également noter que la jurisprudence française adopte la solution contraire à celle donnée par la jurisprudence grecque. L'employeur peut licencier un salarié dans le cadre d'une réorganisation de son entreprise dans le but de le remplacer par un autre moins rémunéré (306).

La jurisprudence hellénique considère également comme abusif le licenciement motivé par les revendications légitimes du salarié à

(299) A.P. n° 201/1966, E.E.D. 1966, p. 603; 620/1965, E.E.D. 1966, p. 147; 160/1965, E.E.D. 1965, p. 527; 781/1964, E.E.D. 1965, p. 148; 552/1964, E.E.D. 1964, p. 967; Capodistrias *in* Ermak, art. 669, n° 52 et s.; Veriopoulos, La dénonciation ordinaire du contrat de travail pour des raisons économiques et techniques, E.E.D. 1961, p. 1098 et s.

(300) *Supra* Section I, Sous-Section 1, B.

(301) A.P. n° 201/1966, précité.

(302) A.P. n° 180/1964, E.E.D. 1964, p. 458.

(303) A.P. n° 538/1964, E.E.D. 1964, p. 913.

(304) N° 493/1957, E.E.D. 1957, p. 1269; E.E.N. 1957, p. 878, note Capodistrias.

(305) Capodistrias, note précitée.

(306) Cass. soc. 19 octobre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 663.

conditoin que celles-ci n'influent pas sur l'accomplissement de ses obligations ou sur le rythme de son travail (307).

Est également considéré comme abusif le licenciement d'un salarié pour avoir témoigné contre l'employeur dans un procès qui opposait ce dernier à un tiers (308).

C. — Le droit néerlandais.

La législation néerlandaise apporte les éléments d'un contrôle judiciaire assez important du licenciement, contrôle qui dépasse les limites de la faute de l'employeur en prenant des aspects objectifs (309).

Tout d'abord, il existe un strict contrôle administratif des licenciements ayant des conséquences sur le plan du droit civil. Un licenciement non autorisé par les services de l'emploi est nul (310). Un licenciement autorisé ne peut avoir lieu qu'avec l'observation du préavis. Par ailleurs, le licenciement sans préavis peut intervenir en cas de motif impérieux ou grave. Enfin, une procédure de résolution judiciaire est prévue.

Le juge néerlandais intervient à trois points de vue en cas de licenciement :

a) *Le licenciement autorisé et avec préavis n'est pas toujours légitime.* Le juge peut le qualifier de « manifestement déraisonnable ». La loi permet de soumettre à l'appréciation du juge la question de savoir si un licenciement a dépassé sérieusement les limites du raisonnable. Si le juge est d'avis que le renvoi est manifestement déraisonnable, il peut en toutes circonstances allouer une indemnité équitable au salarié. En général, le juge qualifie de « manifestement déraisonnables » les licenciements fautifs de la part de l'employeur. Mais la notion de « manifestement déraisonnable » dépasse les frontières de la faute de l'employeur et prend des aspects objectifs. Est considéré comme tel un licenciement « *lorsque, compte tenu entre autres des mesures prises en faveur des travailleurs ainsi que des possibilités de trouver un emploi qui leur convient, les répercussions de la dénonciation sont pour eux trop sérieuses par rapport a l'intérêt que l'em-*

(307) A.P. n° 6/1963, E.E.D. 1963, p. 334; 274/1962, E.E.D. 1962, p. 658; 23/1961, E.E.D. 1961, p. 203; 341/1960, E.E.D. 1960, p. 836; 401/1957, E.E.D. 1957, p. 754; 399/1957, E.E.D. 1957, p. 753.

(308) A.P. n° 201/1967, E.E.D. 1967, p. 805; pour une énumération plus complète de la jurisprudence voir Toussis-Stavropoulos, *op. cit.*, p. 403 et s.

(309) Vos, Der Arbeitsvertrag in der Rechtsprechung des « Hoge Raad » der Niederlande, RdA, 1965, p. 165 et s. avec la jurisprudence citée.

(310) Molenaar, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 308.

ployeur peut avoir à cette dénonciation » (311). On s'aperçoit qu'ici le juge répondra à la demande du salarié en dehors de tout concept de faute. Il n'a qu'*à apprécier les intérêts des parties adverses dans leurs fonctions sociales.* Cet exemple du droit néerlandais est un des plus intéressants, car il constitue aussi un pas vers l'émancipation du droit du travail vis-à-vis de notions civilistes telle que la faute du cocontractant. Le juge s'efforce d'attribuer la charge du préjudice subi par le salarié à la suite de la perte de son emploi, en fonction de facteurs objectifs afin d'obtenir des résultats mieux adaptés socialement que ceux atteints par le recours à la notion de faute.

b) Le contrôle du juge s'exerce en cas *de licenciement immédiat pour motif impérieux.* Le juge appréciera ici si le fait allégué constitue bien un tel motif pour l'employeur. Il s'agit donc d'un contrôle de fond. Sont généralement considérés comme tels les actes ou attitudes du salarié qui, par leur nature, ne peuvent permettre raisonnablement à l'employeur de poursuivre l'exécution du contrat (312).

c) Enfin, le juge peut exercer son contrôle *quand il est saisi d'une demande de résolution judiciaire de la part de l'employeur.* Celui-ci fonde sa demande sur l'existence de « motifs graves ». On doit entendre par cette expression les motifs dont le caractère impérieux pourrait donner lieu au licenciement sur-le-champ mais sur l'urgence desquels il existe des doutes. Peuvent également constituer des « motifs graves » les modifications de la situation qui imposent, en toute équité, la résolution immédiate ou rapprochée du contrat (313).

D. — Le droit italien.

Le droit italien offre un intérêt particulier car il vient de se produire un changement spectaculaire dans sa réglementation du licenciement. Ce changement renforce très sensiblement le contrôle judiciaire en cette matière. Nous allons voir successivement le contrôle judiciaire du licenciement tel qu'il se présentait avant la réforme opérée par la loi du 15 juillet 1966 et tel qu'il existe actuellement.

a) Le régime précédant la réforme.

L'Italie connaît la distinction entre le licenciement ordinaire et le licenciement extraordinaire. Le premier est celui qui intervient en respectant le préavis, contrairement au second pour lequel on invoque

(311) Molenaar, *op. cit.*, p. 309.
(312) Molenaar, *op. cit.*, p. 301.
(313) Molenaar, *op.* et *loc. cit.*,

une faute grave. Le licenciement ordinaire avec respect du préavis était un licenciement *ad nutum*. Le juge ne pouvait pas opérer un contrôle des motifs qui avaient déterminé l'employeur à procéder au licenciement. Ceci concernait le contrat de travail à durée indéterminée. En conséquence, l'employeur pouvait indiquer ou refuser d'indiquer les motifs. Même s'il alléguait des motifs inexacts ou erronés, le licenciement restait valable pourvu que le préavis ait été observé (314).

Les tribunaux se contentaient donc, dans ce cas, d'examiner si le préavis avait été réellement observé. S'ils constataient son observation effective, ils ne pouvaient contrôler les motifs au moyen de la théorie de l'abus de droit. La jurisprudence et la doctrine italiennes s'étaient traditionnellement montrées hostiles à cette théorie (315).

Un contrôle judiciaire des motifs était seulement possible au moyen de la théorie de l'illégalité de l'acte juridique de licenciement en raison de ses motifs illicites. Mais ce moyen offrait des possibilités pratiques très restreintes. D'ailleurs, il existait des divergences en jurisprudence et en doctrine à son sujet (316). Un autre moyen de contrôle, difficilement maniable en pratique, s'offrait au juge lorsqu'un licenciement était motivé de façon à porter préjudice au salarié. La charge de prouver ce préjudice incombait au salarié, lequel ne pouvait obtenir qu'une condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts (317).

Toutefois, le contrôle judiciaire se renforçait en cas de licenciement extraordinaire fondé sur un juste motif constitué par une faute du salarié.

L'absence de contrôle judiciaire des motifs du licenciement lorsque les formalités légales étaient respectées par l'employeur, comportait des exceptions :

1° Le pouvoir de licenciement *ad nutum* était limité s'il s'agissait de certaines catégories de salariés régies par des lois spéciales (318). Dans ces cas, le contrôle du juge se renforçait;

2° Par ailleurs, des accords interconfédéraux, dont les règles ont été converties en loi par deux décrets législatifs n^{os} 1011 et 1019 du 14 juillet 1960 instituaient un contrôle sur les motifs des licenciements individuels, remédiant ainsi à l'absence de contrôle des motifs décrits précédemment. Mais ce dernier contrôle n'était pas un contrôle judi-

(314) Mengoni, La stabilité de l'emploi dans les pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 235.

(315) G. Lyon-Caen, Cours de droit social européen, Les cours de droit, 1965-1966, p. 368; Mengoni, *op. cit.*

(316) Mengoni, *op. cit.*, p. 236 et s.

(317) Mengoni, *op. cit.*, p. 238.

(318) Mengoni, *op. cit.*, p. 245 et s.

ciaire. Il était confié à un collège arbitral composé de membres des syndicats d'employeurs et de salariés (319).

b) Le contrôle judiciaire du licenciement après la réforme.

La loi du 15 juillet 1966, qui avait suscité un vif intérêt depuis son apparition sous forme de projet de loi (320), est à l'avant-garde des législations dans les pays de la C.E.E. Très bien construite sur le plan de la technique juridique (elle ne comporte que douze articles), elle est caractérisée par une clarté et une structuration très solides.

Nous ne prétendons pas faire ici une analyse de la loi du 15 juillet 1966. Ce n'est pas d'ailleurs notre propos. Nous essayerons seulement d'examiner comment se présente le contrôle judiciaire du licenciement dans cette réglementation nouvelle. Mais, pour faire cet examen, il faut indiquer sommairement les dispositions essentielles de la loi nouvelle.

Son article premier stipule qu'un licenciement ne peut intervenir que pour une « juste cause » au sens de l'article 2119 du Code civil ou pour un motif précis et valable. L'article 3 dispose que, pour reposer sur un motif précis et valable, le licenciement doit avoir lieu avec préavis et être justifié, soit par le fait que le travailleur ne remplit pas ses obligations contractuelles, soit par des raisons inhérentes à l'activité de production, à l'organisation du travail ou au bon fonctionnement de l'entreprise. L'article 4 frappe de nullité le licenciement motivé par des raisons d'opinions politiques ou des convictions religieuses, par l'appartenance à un syndicat ou pour activités syndicales. Cette nullité joue quels que soient les motifs avancés par l'employeur.

Ces trois articles contiennent les règles de fond concernant les motifs légitimes de licenciement. On s'aperçoit que ces motifs légitimes sont, en substance, soit une faute contractuelle soit des impératifs économiques. Ces motifs se retrouvent à peu près dans tous les droits des pays de la C.E.E. Le mérite de la nouvelle loi italienne est de les systématiser et d'interdire les licenciements pour des motifs autres que ceux qu'elle indique.

Mais les points les plus intéressants de la nouvelle loi sont ceux qui concernent *les règles de forme, la charge de la preuve* de la juste cause et *les sanctions* édictées pour les licenciements faits en méconnaissance de cette loi. Ces dispositions fournissent, par ailleurs, les moyens d'un contrôle judiciaire substantiel.

(319) Mengoni, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1966, p. 498; G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 368.
(320) G. Lyon-Caen, *op. cit.*

a) L'article 2 impose la notification par écrit du licenciement au salarié. Celui-ci peut demander les motifs de son licenciement dans les huit jours qui suivent la notification. Dans ce cas l'employeur doit les lui communiquer par écrit, dans un délai de cinq jours. *Un licenciement qui interviendrait en violation de ces dispositions serait nul.*

b) L'article 5 *impose à l'employeur la charge de la preuve de la juste cause ou du motif précis et valable du licenciement.*

c) L'article 8 édicte les sanctions en cas de licenciement non motivé par une juste cause ou par un motif précis et valable. Dans cette éventualité, l'employeur est tenu de réintégrer le travailleur dans un délai de trois jours ou, à défaut, de réparer le dommage en versant une indemnité. Cette indemnité varie entre une somme minimum correspondant à cinq mensualités du dernier salaire et une somme maximum correspondant à douze mensualités du même salaire. *La fixation de cette indemnité est faite en fonction de l'importance de l'entreprise, de l'ancienneté du travailleur et du comportement de deux parties.* Le maximum de cette indemnité est réduit à huit mensualités pour les travailleurs ayant une ancienneté inférieure à trente mois et peut atteindre quatorze mensualités pour les travailleurs ayant une ancienneté supérieure à vingt ans. Ces minima et maxima sont réduits de moitié pour les employeurs occupant moins de soixante salariés. La prime d'ancienneté versée éventuellement au salarié entre en ligne de compte pour l'indemnité de licenciement décrite ci-dessus, en vertu de l'article 9 de cette même loi du 15 juillet 1966.

L'article 6 stipule que la contestation du licenciement doit être faite par le salarié dans les soixante jours qui suivent la notification du licenciement ou la communication des motifs si ces derniers n'ont pas été notifiés en même temps que le licenciement. La loi contient d'autres dispositions très intéressantes et elle institue une protection minimum à laquelle des dérogations, dans un sens favorable au salarié, peuvent être apportées par des dispositions de conventions collectives ou d'accord syndicaux (art. 12). Une analyse de cette loi déborde largement notre sujet. Nous nous contenterons seulement de faire quelques observations concernant le contrôle judiciaire du licenciement tel qu'il se présente après cette réforme législative.

d) Le contrôle judiciaire est renforcé sur trois terrains : *sur le terrain du contrôle des motifs du licenciement, sur celui de la preuve* et, enfin, *sur celui des sanctions.*

Les articles 1, 3 et 4 apportent une énumération des motifs légitimes. L'article 1er se réfère à la notion de « juste cause » au sens de l'article 2119 du Code civil et l'article 3 considère comme « motif précis et valable » les manquements contractuels du salarié et les

motifs d'ordre économique. Enfin, l'article 4 qualifie expressément de motifs illégitimes ceux qui sont fondés sur les opinions politiques ou religieuses ou sur l'activité ou l'appartenance syndicale.

Ces dispositions contiennent des notions vagues et élastiques, qui sont, chaque fois, concrétisées par le juge exerçant son contrôle sur un licenciement donné. C'est lui qui, après un examen des circonstances particulières de l'espèce, décidera si une juste cause de licenciement existait au profit de l'employeur. C'est également le juge qui, sous le contrôle de la Cour de cassation, apportera un contenu concret à la notion de « motif précis et valable ». On s'aperçoit donc qu'en Italie le champ d'action du contrôle judiciaire est très étendu. C'est pratiquement à travers ce contrôle que sont déterminés les motifs légitimes du licenciement. Cette solution présente le grand mérite de la souplesse et de l'adaptabilité aux circonstances nouvelles qui peuvent se produire dans l'avenir.

En résumé, la nouvelle loi italienne comporte un élargissement considérable du contrôle judiciaire en matière de licenciement. En premier lieu, *en renforçant le rôle du juge en matière d'appréciation du motif légitime,* en second lieu, *en lui accordant des possibilités plus larges quant à l'estimation de l'indemnité de licenciement.* Enfin, *le renversement de la charge de la preuve donne au contrôle du juge un aspect tout à fait nouveau.*

Après la réforme législative concernant le licenciement, le droit italien se trouve, en matière du contrôle judiciaire de ce dernier, parmi les systèmes juridiques les plus favorables aux salariés.

En définitive, le point commun, sur lequel les systèmes juridiques que nous avons examinés fondent les limitations au libre exercice du licenciement libérateur par l'employeur, est l'intérêt de l'entreprise (321). Mais il est vrai qu'il y a différentes manières de concevoir cet intérêt.

(321) Autie, La résiliation abusive du contrat de travail, thèse, Paris, 1954, p. 14.

CHAPITRE TROISIEME

LE PROBLEME DE LA PREUVE

Il est inutile d'insister sur l'importance pratique du problème de la charge de la preuve. Les résultats du contrôle judiciaire du licenciement dépendent étroitement des solutions adoptées en cette matière. Très souvent, l'attribution à l'employeur ou au salarié de la charge de la preuve détermine en réalité l'issue du procès.

En ce qui concerne le problème de la preuve en matière de contrôle judiciaire du licenciement, deux questions se posent dont l'importance pratique est inégale. D'une part, quels sont les moyens de preuve. D'autre part, à qui appartient la charge de la preuve de la légitimité du licenciement. Nous envisagerons successivement ces deux problèmes.

Section I.

LES MOYENS DE PREUVE.

Dans le litige qui oppose le salarié à son employeur à propos du licenciement l'admissibilité de divers moyens de preuve est régie par les règles de procédure. En général, le salarié peut faire usage de tout moyen de preuve (témoins, preuves écrites) afin d'établir les faits sur lesquels il fonde ses différentes demandes en salaires dus ou en indemnités de rupture. Toutefois, le législateur français donne un pouvoir spécial au juge en cette matière. Il s'agit de la possibilité accordée au juge du travail d'ordonner une enquête afin d'éclaircir les circonstances du licenciement. Cette prérogative trouble un peu l'image du juge qui nous est fournie par la procédure civile, à savoir

celle du juge qui statue d'après les preuves apportées par les parties au procès sans effectuer lui-même aucune recherche sur ce terrain.

Cette particularité, ainsi que les règles spéciales de procédure adoptées par la majorité des systèmes juridiques en matière de litiges issus des rapports du travail, confirment le caractère spécifique des relations fondées sur un contrat de travail.

D'après la loi du 19 juillet 1928 « le tribunal pour apprécier s'il y a eu abus pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture ». Les juges du fond utilisent souvent cette faculté pour éclaircir certaines circonstances du licenciement en vue d'opérer une appréciation juste et équitable.

Un salarié avait été licencié pour réduction d'activité de l'entreprise. Il avait ensuite fait état d'offres d'embauchages dudit employeur par voie de presse quelques mois après. Il soutenait donc qu'il établissait ainsi la manœuvre abusive de son employeur, destinée à substituer à l'ancien personnel de l'entreprise un personnel moins rémunéré. Les juges du fond ne s'étaient pas contentés de l'argumentation du salarié. Pour éclaircir les circonstances du licenciement et les motifs de l'employeur, ils avaient confié à un expert la mission de rechercher si le ralentissement de l'entreprise n'était que saisonnier ou passager et si, lors du licenciement, la reprise d'activité était déjà certaine et le réembauchage d'un nouveau personnel décidé. La Cour suprême a approuvé cette décision des juges du fond (1). En effet, les résultats de cette enquête devaient éclairer, d'une part, la situation de l'entreprise au moment du licenciement et, d'autre part, les motifs qui avaient poussé l'employeur à procéder au licenciement de l'intéressé.

Il appartient toutefois aux juges du fond de fixer l'objet de l'enquête. Ils peuvent la limiter à l'examen des griefs invoqués par un employeur contre son employé au moment du licenciement à l'exclusion de ceux invoqués ultérieurement par lui au cours de la procédure (2). Mais l'objet de l'enquête doit être de nature à influer sur l'appréciation du caractère du congédiement comme abusif ou non. Si l'objet de l'enquête n'est pas d'une telle nature, le jugement qui l'ordonne sera censuré par la Cour de cassation.

Un salarié avait formulé une demande en dommages-intérêts pour licenciement abusif contre son employeur qui avait invoqué son insuffisance professionnelle. Les juges du fond avaient prescrit une mesure d'instruction en vue de vérifier l'exactitude des motifs allégués et la gravité des fautes reprochées. La Cour suprême a cassé cette décision car aucune intention malicieuse n'avait été invoquée et l'employeur

(1) Cass. soc. 18 juillet 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 522.
(2) Cass. soc. 25 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 828.

est seul juge du point de savoir si un salarié s'acquitte de façon satisfaisante des fonctions qu'il lui a confiées (3).

Dans une autre espèce, un employé avait été licencié; les juges du fond avaient justifié le licenciement en relevant l'incompréhension mutuelle de l'intéressé et de son employeur sur l'étendue des fonctions dudit employé. Les juges d'appel avaient ordonné une expertise afin de déterminer la mission contractuellement donnée au salarié et la manière dont il l'avait remplie. La Cour de cassation a censuré cette dernière décision car l'employeur est seul juge du point de savoir si le salarié s'acquitte bien des fonctions à lui confiées (4).

Dans ces deux cas, la décision de procéder à une enquête a été cassé car l'objet à elle assigné ne pouvait avoir une influence sur l'appréciation du juge. En effet, la jurisprudence décide d'une façon constante que l'absence de faute du salarié ne rend pas son licenciement abusif et que l'employeur apprécie souverainement l'aptitude professionnelle de ses salariés.

En outre, lorsque les juges s'estiment suffisamment éclairés, ils ne sont nullement tenus, avant de rendre leur décision sur la nature du licenciement, de recourir à une enquête (5). Ils peuvent également rejeter la demande d'enquête présentée par le salarié du moment qu'ils estiment les faits par lui articulés comme n'étant ni pertinents ni admissibles (6).

Section II

LA CHARGE DE LA PREUVE DE LA LEGITIMITE DU LICENCIEMENT

Cette question est d'une importance pratique capitale. Est-ce l'employeur, auteur de la rupture, qui doit prouver la légitimité des motifs qui l'inspirent ou est-ce le salarié, victime du licenciement, qui doit établir l'illicéité du congédiement ? La réponse à cette question varie d'un système juridique à l'autre.

Les systèmes qui fondent les limitations au libre exercice du congédiement sur la théorie de l'abus de droit, droits français, belge et grec, imposent au salarié licencié la charge de prouver l'abus de droit commis par son employeur lors du licenciement. Par contre, les droits

(3) Cass. soc. 10 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 40.
(4) Cass. soc. 5 décembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 709.
(5) Cass. soc. 19 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 632; 10 juillet 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 725.
(6) Cass. soc. 26 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 664.

allemand et italien imposent à l'employeur la charge de la preuve du motif légitime qu'il invoque pour justifier le licenciement qu'il prononce. Nous envisagerons successivement ces deux conceptions.

A. — La preuve de la rupture abusive à la charge du salarié.

S'inspirant de la règle édictée par les jurisconsultes romains, *actori incumbit probatio,* les droits français, belge et grec imposent au salarié licencié le fardeau de la preuve de la rupture abusive de son contrat.

Toutefois, en France, cette solution a été vivement contestée mais sans succès. Certaines tentatives timides et ambiguës faites par le législateur (7) en vue d'un changement en cette matière ont été brisées par la jurisprudence de la Cour de cassation (8).

I. En France, le salarié demandeur de dommages et intérêts pour rupture abusive doit établir, *la faute de son employeur, le préjudice que la rupture lui a causé* ainsi que *le rapport de causalité entre la faute de l'employeur et le préjudice qu'il a subi.* C'est la solution traditionnelle à laquelle la Cour de cassation se tient fermement depuis 1872. Elle vient de la réaffirmer récemment en estimant que c'est à l'employé, congédié dans l'intérêt de la bonne marche de l'entreprise, de prouver que le congédiement a d'autres motifs et que l'employeur a commis une faute dans l'exercice de son droit de mettre fin au contrat de travail (9). Elle casse donc les arrêts qui déclarent abusif le licenciement au motif que « l'employeur n'a pas apporté la preuve d'un motif légitime de licenciement » (10).

Pour admettre l'abus de droit la Cour de cassation exige qu'il soit établi par des circonstances claires. Elle a donc cassé un arrêt qui avait déclaré abusif un licenciement intervenu deux mois après l'embauchage et au mépris d'une promesse de stabilité de l'emploi, « sans relever aucune circonstance d'où résulterait l'engagement de l'employeur relatif à cette stabilité » (11). La Cour suprême n'admet pas l'existence d'un tel engagement, même lorsqu'il est mentionné dans une lettre de l'employeur antérieure à l'embauchage et se rattachant aux pourparlers. Elle ne retient que la lettre définitive d'embau-

(7) Loi du 27 décembre 1890, loi du 19 juillet 1928.
(8) Voir à ce sujet J. GUYENOT, La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, p. 277 et s.
(9) Cass. soc. 24 mai 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 350.
(10) Cass. soc. 19 décembre 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 1066.
(11) Cass. soc. 18 mai 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 329.

chage, portant la signature des parties et dans laquelle cette promesse n'avait pas été mentionnée (12).

Par ailleurs, la Cour de cassation exige que les juges du fond soient bien persuadés de l'abus commis par l'employeur. Un jugement avait déclaré abusif un congédiement en se fondant sur ce que les circonstances du renvoi « laissaient supposer » la volonté de l'employeur de faire échec à la désignation éventuelle du salarié aux fonctions de délégué du personnel. La Cour suprême a censuré cet arrêt car une telle appréciation, formulée en termes dubitatifs et hypothétiques, n'établissait pas la faute de l'employeur (13).

Le salarié doit prouver directement la faute de l'employeur. Le fait que ce dernier lui ait versé l'indemnité de préavis ne dispense pas le salarié de l'obligation de démontrer le caractère abusif, par lui allégué, du licenciement (14). Par conséquent, la Cour de cassation casse les arrêts qui déclarent abusif un licenciement en se bornant à constater qu'en versant le préavis, l'employeur avait reconnu n'avoir aucune faute grave à invoquer contre son salarié. De telles appréciations ne mettent pas la Cour suprême en mesure d'exercer son contrôle (15).

D'autre part, l'observation d'un délai de préavis inexact ne suffit pas, à elle seule, à conférer un caractère abusif au licenciement intervenu (16).

Pour établir la faute de l'employeur, le salarié est obligé de démontrer la malveillance ou l'animosité qui ont inspiré les décisions de l'employeur. Le fait que ces décisions aient été nuisibles aux intérêts du salarié ne suffit pas à leur conférer un caractère abusif. Cette preuve, concernant parfois l'état d'âme de l'employeur est très difficile à établir. Un arrêt avait déclaré abusif le licenciement d'un réprésentant de commerce en se fondant sur ce que l'employeur avait diminué progressivement et unilatéralement son secteur et tenté de le faire passer sous la subordination d'une société chargée désormais de la représentation. La Cour suprême a censuré ce jugement car il n'avait pas recherché si les décisions reprochées à l'employeur procédaient de son animosité ou de sa malveillance à l'égard du représentant. Pour la Cour de cassation, le fait de confier désormais à une société la prospection de la clientèle impliquait nécessairement une réorganisation de l'entreprise, motif justifiant la mesure de licenciement prise à l'égard du représentant intéressé (17).

(12) Cass. soc. 19 mai 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 343.
(13) Cass. soc. 25 octobre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 715; D. 1958.249.
(14) Cass. soc. 1er février 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 91.
(15) Cass. soc. 28 février 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 232.
(16) Cass. soc. 22 avril 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 258; J.C.P. 1964.II.13732.
(17) Cass. soc. 13 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 825.

L'employeur n'est pas tenu de prouver la réalité du grief invoqué par lui au moment du licenciement (18). Une société qui a licencié deux de ses livreurs pour tentative d'abus de confiance ne commet donc pas un licenciement abusif bien qu'elle n'établisse pas la réalité de ses allégations (19).

De même, l'employeur n'est pas tenu de prouver l'insuffisance professionnelle du salarié dont il est seul juge (20). La Cour de cassation casse les arrêts qui attribuent la charge de la preuve de l'insuffisance professionnelle du salarié à l'employeur (21).

La preuve, apportée par le salarié, de l'absence de faute de sa part ne suffit pas non plus à établir l'abus de droit commis par l'employeur (22). Même s'il prouve l'inexactitude du motif allégué par l'employeur, le salarié n'établit pas pour cela l'abus de la part de l'employeur. La Cour suprême a cassé un arrêt qui avait déclaré abusif un licenciement en se fondant essentiellement sur l'inexactitude du motif allégué et sur les services satisfaisants de l'intéressé (23).

Les juges peuvent, en outre, refuser d'examiner l'exactitude de certains motifs invoqués par l'employeur lorsqu'ils ne les considèrent pas comme étant de nature à établir une faute à la charge de l'employeur (24).

II. Toutefois, malgré sa rigueur dans le principe de l'attribution au salarié de la charge de prouver la rupture abusive de son contrat, la jurisprudence apporte certaines atténuations sur ce point (25). Certes, elle ne met pas en cause le principe même, mais elle présume l'abus de droit dès lors que le salarié prouve certaines circonstances objectives dans lesquelles la rupture de son contrat est intervenue.

Nous avons déjà signalé la tendance jurisprudentielle à considérer comme abusif le licenciement fondé sur un « fallacieux prétexte ». Il n'existe toutefois que peu d'espace à franchir entre ce « fallacieux prétexte » et le « motif inexact » dont l'utilisation ne rend pas *ipso facto* le licenciement abusif.

Cette tendance jurisprudentielle facilite la tâche du salarié sur le terrain de la preuve. Il lui suffira parfois d'établir, d'une part, l'inexactitude du motif allégué et, d'autre part, certaines autres circonstances.

(18) Cass. soc. 19 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 64; Inf. Chef d'Entr. 1961.411.
(19) Cass. soc. 21 juin 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 477.
(20) Cass. soc. 17 janvier 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 80; Inf. Chef d'Entr. 1958.499.
(21) Cass. soc. 27 avril 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 326.
(22) Cass. soc. 16 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 209.
(23) Cass. soc. 17 novembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 668.
(24) Cass. soc. 19 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 406.
(25) Brun et Galland, suppl. 1962, II-299, p. 100.

De leur appréciation conjuguée, le juge qualifiera le licenciement comme étant empreint d'une « légèreté blâmable » et, par conséquent, abusif.

Cette atténuation de la charge de la preuve n'est pas négligeable sur le plan pratique comme en témoigne un arrêt de la Cour de cassation déduisant l'intention malicieuse de l'employeur tant de ses allégations sciemment inexactes que de la brusquerie de la rupture du contrat d'un salarié très ancien (26).

Une autre atténuation au régime de la preuve se manifeste sur un autre terrain : la preuve de l'inobservation par l'employeur des formes légales ou conventionnelles lors du licenciement entraîne la qualification d'abusif de celui-ci. Cette preuve est incontestablement plus facile à rapporter par le salarié que la preuve des mobiles de l'employeur.

Ainsi, un employé d'une caisse de sécurité sociale qui prouve que son licenciement a eu lieu sans consultation préalable du conseil de discipline, contrairement aux dispositions de la convention collective, établit en même temps le caractère abusif de son licenciement (27). De même, la non-consultation du comité d'entreprise, contrairement aux stipulations de la convention collective, confère un caractère abusif au licenciement (28). Ici, la preuve de la non-consultation du comité d'entreprise ou du conseil de discipline est donc suffisante pour qualifier d'abusif le licenciement intervenu.

Mais les atténuations au régime de la preuve apparaissent plus clairement lorsque la jurisprudence *présume la faute de l'employeur à partir de certains faits objectifs établis par le salarié.* Nous en donnerons quelques exemples.

Un salarié avait établi qu'il avait été congédié plusieurs mois après une faute professionnelle mais trois jours après la réunion constitutive d'un syndicat dont il avait été nommé secrétaire. L'employeur n'alléguait pas d'autres fautes commises entre temps mais il invoquait comme cause du licenciement l'incapacité professionnelle de l'intéressé. Les juges du fond ont considéré ce motif comme un prétexte masquant le véritable mobile du licenciement qui était l'activité syndicale du salarié et ils ont déclaré abusif le licenciement ainsi intervenu. La Cour suprême les a approuvés (29). De même, a été considéré comme abusif le licenciement prononcé sans que l'employeur donne aucun motif et alors que le salarié venait d'être nommé à des fonctions

(26) Cass. soc. 31 mai 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 340.

(27) Cas. soc. 1er décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 859; 21 février 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 152.

(28) Douai, 14 janvier 1960, D. 1960.272.

(29) Cass. soc. 16 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 898; Inf. Chef d'Entr. 1958.308.

syndicales dont le précédent titulaire avait été congédié dans les mêmes conditions (30).

Par ailleurs, les juges déduisent le caractère abusif du licenciement de ce que, d'une part, le motif économique allégué était inexact et, d'autre part, de ce que le congédiement coïncidait avec la réception par l'employeur d'une lettre où était mentionnée la candidature du salarié aux élections des délégués du personnel (31).

Est également abusif le licenciement du salarié lorsque sa date coïncide ou se rapproche de celle où ledit salarié s'était adressé à la justice pour faire consacrer ses revendications salariales ou professionnelles (32).

Dans toutes ces espèces, la tâche du salarié en matière de preuve a été considérablement facilitée. Il lui a suffi d'établir certains faits tels que les rapports chronologiques des différentes circonstances de son licenciement; le juge *a présumé* les mobiles véritables de l'employeur sur lesquels il a fondé son appréciation du licenciement intervenu comme abusif.

Cette technique apparaît plus clairement dans l'espèce suivante. Un employeur avait congédié tout son personnel et il avait cédé son fond le lendemain même du jour où avaient pris fin les délais-congés des salariés congédiés. Les juges ont déduit de cette dernière circonstance que le motif réel du licenciement était sa volonté de se libérer de son personnel et de céder son fond libre de celui-ci, en privant ses salariés de la protection de la loi. Ils ont donc ainsi établi l'abus de droit commis par l'employeur dans l'exercice de son droit de licenciement (33).

La jurisprudence peut déduire le caractère abusif d'un licenciement de ce que le salarié établit des présomptions graves, précises et concordantes démontrant que le licenciement avait pour motif un projet de mariage qui déplaisait à l'employeur (34).

Enfin, l'abus de droit de la part de l'employeur peut être établi lorsque le salarié prouve la violation consciente de ses obligations contractuelles par l'employeur (35). De même, le comportement blâmable de l'employeur résulte du fait qu'il a voulu se débarrasser d'un représentant de commerce peu disposé à acquiescer à des condi-

(30) Cass. soc. 23 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 233.
(31) Cass. soc. 20 février 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 202; Inf. Chef d'Entr. 1958.594; 14 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 508.
(32) Cass. soc. 19 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 683; 26 février 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 135.
(33) Cass. soc. 8 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 110.
(34) Cass. soc. 5 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 152; Inf. Chef d'Entr. 1959.768.
(35) Cass. soc. 15 mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 232; Inf. Chef d'Entr. 1957.929.

tions de travail draconiennes et à signer un contrat excluant le bénéfice d'une indemnité de clientèle (36).

III. Il semble qu'un renversement de la charge de la preuve soit intervenu au moyen de la loi du 30 décembre 1966 relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité.

Avant cette loi, le renvoi d'une femme en état de grossesse ne constituait pas, à lui seul, une faute imputable à l'employeur. Il appartenait à la salariée de rapporter la preuve que le congédiement était accompagné d'une malveillance ou d'une légèreté blâmable (37). La Cour suprême cassait donc les décisions qui soutenaient que le congédiement donné à une salariée en cours de grossesse revêtait un caractère de légèreté blâmable, sans rechercher la cause réelle du licenciement ni examiner la valeur des griefs invoqués par l'employeur (38).

Toutefois, le licenciement était abusif lorsque la salariée établissait des présomptions sérieuses et concordantes que l'employeur avait usé de prétextes fallacieux pour licencier l'intéressée en raison de son état de grossesse et éluder ainsi les dispositions légales protectrices en la matière (39).

Ce système peu satisfaisant a été remplacé par la loi du 30 décembre 1966 qui interdit le licenciement d'une femme lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant une période de douze semaines suivant l'accouchement. Toutefois, cette même loi apporte une dérogation à cette interdiction. Elle dispose que l'employeur peut « résilier le contrat *s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée ou de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement, de maintenir ledit contrat* ».

L'importance considérable de cette loi réside en ce qu'elle modifie la charge de la preuve. Antérieurement, il appartenait à la salariée de prouver, d'une part, que le motif de renvoi invoqué par l'employeur était inexact et, d'autre part, que son employeur l'avait licenciée en raison de son état de grossesse. La modification apportée par la loi du 30 décembre 1966 consiste en ce qu'*elle impose à l'employeur la charge de prouver le juste motif du licenciement* en établissant soit une faute grave de la salariée soit son impossibilité, pour un motif

(36) Cass. soc. 7 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 852; Inf. Chef d'Entr. 1958.406.

(37) Cass. soc. 16 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 210; Inf. Chef d'Entr. 1964.723.

(38) Cass. soc. 14 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 132; Inf. Chef d'Entr. 1963.868.

(39) Cass. soc. 5 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 559.

étranger à la grossesse ou à l'accouchement, de maintenir le contrat de travail.

Il s'agit d'une heureuse modification. Espérons que la jurisprudence en tirera toutes les conséquences qui en découlent.

IV. Le salarié demandeur en dommages-intérêts pour rupture abusive doit justifier, outre la faute de son employeur, l'existence du préjudice qu'il a subi en raison de cette faute (40). S'il ne justifie pas d'un tel préjudice, sa demande doit être rejetée (41). La Cour de cassation estime donc que les juges du fond peuvent rejeter la demande en dommages-intérêts du salarié sans rechercher si l'employeur a commis une faute, dès lors qu'ils relèvent que l'intéressé ne justifie d'aucun préjudice, matériel ou moral, résultant du licenciement (42).

D'ailleurs, l'existence d'un préjudice ne peut, à lui seul, justifier la condamnation de l'employeur. La Cour suprême a censuré, pour manque de base légale, un arrêt qui, pour condamner l'employeur à des dommages-intérêts, s'était borné à constater l'existence d'un préjudice matériel et moral sans préciser la faute de l'employeur constitutive de l'abus du droit de licenciement (43).

Le salarié peut rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice en se fondant sur le comportement ou les déclarations de l'employeur. Dans une espèce, les juges du fond avaient fondé leur décision d'accorder des dommages-intérêts à un représentant de commerce licencié sur ce que, d'après la correspondance versée aux débats, l'employeur s'était montré, antérieurement au procès, disposé à examiner le préjudice du salarié, reconnaissant ainsi implicitement le bien-fondé de la demande, au moins en son principe. La Cour suprême a confirmé cette décision (44).

B. — La preuve du motif légitime de licenciement à la charge de l'employeur.

Contrairement aux systèmes juridiques français, belge et grec qui mettent à la charge du salarié le fardeau de la preuve de la rupture abusive du contrat de travail, les droits allemand et italien imposent à l'employeur de prouver le motif légitime du licencie-

(40) Pour la détermination des éléments du préjudice le juge appliquera les règles traditionnelles du droit civil.
(41) Cass. soc. 7 février 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 161; J.C.P. 1958.II.10593.
(42) Cass. soc. 7 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 848.
(43) Cass. soc. 5 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 549.
(44) Cass. soc. 1er juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 471.

ment (45). Il s'agit ici d'une différence capitale en matière de contrôle judiciaire du licenciement. Les systèmes allemand et italien, qui ont adopté cette position — le législateur italien ayant modifié le système précédent par la loi du 15 juillet 1966 (46) — sont en ce domaine beaucoup plus favorables au salarié.

En effet, la question de la charge de la preuve touche, du point de vue pratique, le fond même du problème du contrôle judiciaire du licenciement. De sa détermination dépend très fréquemment l'issue même du procès. La famille des droits qui fondent leur contrôle judiciaire du licenciement sur la théorie de l'abus de droit (tels les droits français et hellénique) imposent la charge de la preuve de l'exercice abusif du licenciement au salarié licencié. Cette imputation de la charge de la preuve découle du fait que l'abus de droit est une technique du droit civil sur laquelle se fonde une action en dommages-intérêts. Or, le demandeur à cette action doit prouver la faute du défendeur dans l'exercice de son droit et le préjudice qui en résulte pour lui.

Cette technique a été largement abandonnée par le droit allemand. Le changement intervenu dans le droit italien va également dans ce sens. C'est l'employeur qui doit prouver que le licenciement est fait pour un motif légitime. Ce changement, très considérable sur les conséquences pratiques du contrôle judiciaire du licenciement, révèle également une tendance du droit du travail sur le plan doctrinal : éloignement progressif de ce dernier de l'emprise du droit civil. La technique de l'abus de droit est de caractère civiliste, ainsi que l'imputation de la charge de la preuve qui en découle. Le législateur italien, en opérant un renversement de la charge de la preuve en ce qui concerne le licenciement, a exprimé la tendance générale du droit du travail à se dégager des techniques d'origine et d'inspiration civilistes.

En Allemagne, le paragraphe 1 du KSchG n'autorise le congédiement que s'il est imposé par des raisons se rattachant soit à la personne ou au comportement du salarié soit à des « nécessités impérieuses de l'entreprise ». Le dernier alinéa du chapitre 2 du paragraphe 1 KSchG dispose (47) que l'employeur doit prouver les circonstances qui nécessitent le congédiement.

Avant la loi du 10 août 1951 (KSchG) la question de la charge de la preuve en matière de congédiement était très débattue. Cette loi a adopté une position claire en la matière. L'employeur n'est pas

(45) Monjau, Die Beweislast im Rechtsstreit um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, RdA, 1959, p. 366 et s.

(46) Article 5.

(47) Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

seulement obligé de prouver les raisons alléguées, économiques ou techniques, se rattachant à l'organisation de son entreprise mais il est également obligé d'établir les raisons inhérentes à la personne ou au comportement du salarié lorsqu'il prétend fonder sur eux le licenciement qu'il prononce (48).

Toutefois, une nuance existe en matière de licenciement imposé par les « nécessités impérieuses de l'entreprise ». En cette circonstance, la loi du 10 août 1951 stipule que, malgré l'existence de ces nécessités, le congédiement peut être antisocial si l'employeur n'observe pas ou ne tient pas suffisamment compte des considérations sociales lorsqu'il opère le choix des salariés à licencier. Autrement dit, lorsqu'il existe des « nécessités impérieuses de l'entreprise », l'employeur peut procéder aux licenciements nécessaires mais il doit licencier les salariés qui ont le moins besoin de protection. S'il n'observe pas ces considérations, le congédiement est antisocial.

En ce domaine, la charge de la preuve se répartit comme suit : l'employeur doit démontrer l'existence des « nécessités impérieuses de l'entreprise » qui l'obligent à procéder aux licenciements; il appartient alors au salarié licencié de prouver que l'employeur n'a pas observé ou n'a pas suffisamment tenu compte des considérations sociales lors du choix des salariés licenciés qu'il a opéré. Plus précisément, le salarié doit apporter la preuve que d'autres salariés de même qualification et possédant les mêmes aptitudes professionnelles que lui, ont gardé leur poste malgré leur situation économique et sociale plus favorable (49). Ici, le congédiement n'est pas justifié car l'employeur a opéré un choix antisocial des salariés à licencier.

En matière de charge de la preuve, la différence est donc très claire entre les droits français, belge et grec, d'une part, et allemand et italien, d'autre part. Il s'agit à notre avis de la différence la plus essentielle qui existe en matière de contrôle judiciaire du licenciement; surtout lorsqu'on l'envisage du point de vue de ses conséquences pratiques.

(48) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 1, n° 42, p. 93.
(49) Hueck, *op. cit.*, p. 93 et s.

CHAPITRE QUATRIEME

LE PROBLEME DES SANCTIONS

Quelle est la sanction du licenciement abusif ou du licenciement antisocial? La réponse que nous fournissent les divers systèmes juridiques n'est pas identique. Nous envisagerons successivement la sanction du licenciement abusif en France et la sanction du licenciement antisocial en Allemagne. Les autres droits se rapprochent soit de l'un soit de l'autre de ces systèmes.

Section I

LE SYSTEME DU DROIT FRANÇAIS

Cette sanction serait concevable sous deux formes; le juge ordonnerait une réparation soit en nature soit par compensation. Dans le premier cas, la mesure la plus appropriée est la réintégration dans l'entreprise du salarié abusivement licencié. Toutefois, la jurisprudence française refuse d'adopter cette solution car, estime-t-elle, une pareille sanction porterait atteinte à l'autorité du chef d'entreprise et nuirait à son bon fonctionnement. Ainsi, elle décide constamment que la réintégration étant une obligation de faire, se résoud en des dommages-intérêts alloués au salarié victime du licenciement abusif. Cette jurisprudence est constante et on peut dire qu'un salarié renvoyé, pour quelque raison que ce soit et dans n'importe quelles conditions, ne peut jamais espérer retrouver son poste si son employeur s'y refuse. Seuls des dommages-intérêts peuvent lui être alloués. On peut néanmoins distinguer deux situations : celle où le licenciement est abusif et celle où il est nul (licenciement irrégulier des élus du personnel).

Dans la seconde hypothèse, la réintégration pourrait être ordonnée par le juge.

Toutefois, sur le plan du droit pénal, il existe des arrêts qui essaient de nuancer cette position jurisprudentielle. Ainsi, la Chambre correctionnelle de la Cour de Douai (1) a rendu un arrêt remarquable. Un membre d'un comité d'entreprise avait été mis à pied. La Cour a estimé que cette mise à pied prend fin lorsque le comité d'entreprise et, s'il y a lieu, l'inspecteur du travail ont pris leur décision définitive sur le licenciement. Si le licenciement est refusé, le salarié reprend de plein droit l'exercice de ses fonctions, quand bien même l'employeur aurait introduit une action en résiliation judiciaire du contrat de travail.

La Cour a ensuite estimé à juste titre que *la reprise du travail est nécessaire pour le plein exercice des fonctions de membre du comité d'entreprise à l'intérieur de l'usine.* Elle a, par conséquent, condamné pour délit d'entrave à l'exercice desdites fonctions le directeur d'établissement qui, après décision de l'inspecteur du travail refusant le licenciement, avait autorisé les délégués à entrer dans l'usine pour l'exercice de leurs fonctions mais ne les avait pas autorisés à reprendre leur place dans les ateliers, en les dispensant de tout travail effectif. Dans cette espèce la Cour avait donc implicitement admis l'obligation de l'employeur de réintégrer le salarié ainsi licencié.

Mais, sur le plan civil, toutes les conséquences n'ont pas été tirées de cette position. La Chambre sociale de la Cour de Douai a estimé (2), à propos de la même affaire, que le refus par l'employeur de procurer du travail au représentant du personnel s'analysait en l'inexécution d'une obligation de faire, santionnée par l'allocation des dommages-intérêts, mais *ne permettait pas au travailleur d'agir en paiement de ses salaires.*

La Cour de Douai adopte ici la solution traditionnelle de la jurisprudence. Pourtant il serait logique d'attribuer au salarié les sommes demandées à titre de salaires pour la période où il s'est trouvé exclu de l'usine sans que son contrat de travail ait pris fin. Car, s'il s'est tenu à la disposition de son employeur pendant ce temps, il a droit à son salaire.

En effet, comme l'observe dans son commentaire M. le professeur J. Savatier « le contrat de travail fait naître, à la charge de l'employeur, une double obligation : une obligation de faire portant sur la fourniture d'un travail, et une obligation de somme d'argent, portant sur le paiement du salaire. Le salarié ne peut contraindre directement l'employeur à l'exécution de la première de ces obligations, qui se

(1) 15 octobre 1965, Dr. soc. 1966.285, obs. J. Savatier.
(2) 18 novembre 1964, Dr. soc. 1966.287, obs. J. Savatier.

résoud en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Mais rien ne l'empêche d'obtenir une condamnation directe de l'employeur au paiement du salaire. Il suffit qu'il ait de son côté exécuté ses propres obligations, c'est-à-dire qu'il soit resté à la disposition de l'employeur ».

Toutefois, la Cour de cassation ne partage pas ces opinions. *Elle n'admet donc pas les demandes des salariés tendant, en pareille circonstance, à obtenir le paiement des salaires en tant que tels, et non une somme à titre d'indemnité* (3).

Néanmoins, la loi du 30 décembre 1966 relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité, introduit une exception à cette règle jurisprudentielle. Cette loi interdit le licenciement lorsque la salariée est en état de grossessse médicalement constatée. Si un licenciement est notifié avant la constatation médicale de la grossesse, la salariée peut, dans un délai de huit jours, justifier de son état par l'envoi d'un certificat médical par lettre recommandée. Dans ce cas, le licenciement se trouve de ce fait annulé.

La loi du 30 décembre 1966 précise ensuite la sanction de cette nullité (4). L'inobservation de cette loi par l'employeur « peut donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts au profit de la femme. En outre, lorsque, en application des dispositions précitées (5), le licenciement est nul, *l'employeur est tenu de verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité* ».

C'est la première foi, à notre connaissance, que la loi édicte comme sanction de la nullité d'un licenciement le versement des salaires et non d'une somme à titre d'indemnité. Cette loi, qui concerne seulement le licenciement d'une femme en état de grossesse, pourrait donner l'occasion à la jurisprudence d'étendre cette sanction aux autres hypothèses de nullité du licenciement.

Toutefois, la sanction de la rupture abusive n'étant, à présent, que la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts, il appartient au contrôle judiciaire d'évaluer le dommage subi par le travailleur et de fixer la somme qui lui sera attribuée en compensation. Cette tâche pose des problèmes assez délicats au juge d'autant plus que ses pouvoirs d'appréciation sont très larges en ce domaine.

Tout d'abord, se pose le problème du choix de la date de l'évaluation du dommage subi par le salarié congédié abusivement. Bien entendu le montant de ce dommage peut être différent d'après le moment où on se situe pour l'apprécier. La Cour de cassation fixe comme date celle où les juges du fond statuent (6).

(3) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 270; Dr. soc. 1967.296, obs. J. SAVATIER.
(4) Article 1er, V, al. 2.
(5) §§ I, II, III et IV de l'article 1er.
(6) Cass. soc. 2 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 201.

La Cour de cassation estime par ailleurs que le préjudice subi par le salarié en raison de la rupture de son contrat de travail ne doit pas être réparé selon les règles de la responsabilité contractuelle, notamment des articles 1150 et 1151 du Code civil, mais selon celles de l'article 23 du Livre I[er] du Code du travail. Elle a donc cassé une décision qui avait appliqué en ce domaine les articles 1150 et 1151 du Code civil (7).

Le législateur a estimé utile de fournir au juge les facteurs dont il doit tenir compte pour fixer le préjudice subi par le salarié victime d'une rupture abusive de son contrat. L'article 23 du Livre I[er] du Code du travail dispose que le juge doit, à cette fin, prendre en considération les usages, la nature des service engagés, l'ancienneté du travailleur ainsi que son âge, les retenues opérées et les versements effectués en vue d'une pension de retraite, et en général toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé.

Le juge doit donc évaluer *in concreto* le préjudice causé au travailleur déterminé. Il tiendra également compte de la gravité de la faute de l'employeur.

Les juges du fond apprécient souverainement tant l'existance du fait dommageable que le montant des dommages-intérêts qui doivent être accordés en réparation du préjudice. L'évaluation qu'ils font des dommages-intérêts échappe donc au contrôle de la Cour de cassation qui ne peut pas modifier la somme fixée par les juges du fond (8).

Les différentes constatations de fait, comme celles relatives à l'ancienneté du salarié, auxquelles procèdent les juges du fond pour évaluer le préjudice subi, échappent également au contrôle de la Cour de cassation (9). Le salarié ne peut donc pas se plaindre si les juges du fond, usant de leur pouvoir souverain d'appréciation, réduisent les dommages-intérêts demandés dès lors qu'ils constatent le faible préjudice subi (10).

En évaluant le préjudice, le juge ne doit pas prendre en considération les chefs de la demande de l'intéressé ayant un caractère aléatoire et reposant sur des événements futurs d'une réalisation incertaine (11). *Le préjudice doit donc être certain au moment où les*

(7) Cass. soc. 29 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 537.

(8) Cass. soc. 10 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 778; 8 mars 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 191; 16 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 703; 22 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 342; 10 juin 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 405; 6 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 7.

(9) Cass. soc. 10 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 224.

(10) Cass. soc. 13 octobre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 646.

(11) Cass. soc. 19 avril 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 254; Inf. Chef d'Entr. 1956.697.

juges du fond l'apprécient. Il s'agit ici de l'application d'un principe élémentaire du droit de la responsabilité civile.

La Cour suprême a donc cassé une décision qui chiffrait le préjudice qu'un salarié serait susceptible de supporter, du fait de son congédiement abusif, lorsqu'il aurait atteint l'âge de la retraite des cadres. En effet, ce préjudice était incertain « compte tenu de l'incertitude résultant de la longue période devant s'écouler jusqu'à la date à laquelle il atteindra l'âge des 65 ans » (12).

En outre, la Cour de cassation estime qu'en évaluant la totalité des dommages résultant directement pour un salarié de la rupture abusive de son contrat, compte tenu de son ancienneté, de son âge, de son grade, de son salaire et de ses difficultés de reclassement, les juges du fond peuvent décider qu'il ne devait pas être fait état, en plus, de la retraite que l'intéressé aurait perçu s'il était resté au service de son employeur jusqu'à l'âge de la retraite, cette perte n'étant pas, en l'espèce, un élément certain du préjudice (13).

Il ne suffit pas que le juge constate, d'une part, la faute de l'employeur, et d'autre part, le préjudice subi par le salarié pour condamner l'employeur à payer des dommages-intérêts au salarié; il faut en plus *que le salarié établisse le lien de causalité qui existe entre la faute et le préjudice.* Si un tel lien n'existe pas, il ne peut pas y avoir une condamnation de l'employeur.

Un médecin-conseil au service d'une caisse de mutualité sociale agricole était tombé malade après son licenciement. Il avait soutenu ensuite que, sans son renvoi, il aurait bénéficié du maintien de son salaire de trois années prévu par la convention collective pour le salarié qui tombe malade au cours de l'exécution de son contrat. Il demandait alors une condamnation de son employeur au paiement d'une somme correspondant à ces salaires de trois ans à titre de dommages-intérêts résultant de la rupture abusive de son contrat. Cette demande a été rejeté, faute de lien de causalité, par les juges du fond approuvés ensuite par la Cour de cassation (14).

En effet, en cette espèce, le caractère abusif du licenciement était dû au défaut de consultation des délégués du personnel prévue par la convention collective. Toutefois, les juges n'ont pas tenu compte, pour évaluer le préjudice du salarié, de l'ensemble du dommage qui lui avait été causé par son renvoi, *mais du dommage ayant un lien de causalité avec l'inobservation des conditions extrinsèques du licenciement.* Ils ont également tenu compte d'autres circonstances telles

(12) Cass. soc. 4 octobre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 644; Inf. Chef d'Entr. 1962.513.
(13) Cass. soc. 22 janvier 1964, Bul. civ. 1964, IV, p. 52.
(14) Cass. soc. 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 107.

que la situtation créée par l'âge avancé du salarié, son état de santé déficient et les incidents survenus avec les assurés pour évaluer le montant de la somme à lui allouée à titre de dommages-intérêts.

Mais ce qu'il faut retenir de cette espèce est qu'en cas de licenciement abusif pour cause d'inobservation des conditions extrinsèques, seul le dommage résultant directement de cette violation est réparé à l'exclusion du dommage résultant de la rupture abusive dans son ensemble. Cette conception conduit à une réduction considérable de la somme allouée au salarié lorsque son licenciement est abusif pour cause d'inobservation des conditions extrinsèques par l'employeur.

Ainsi, un salarié ayant été congédié d'une façon abusive en raison de la non-consultation préalable du conseil de discipline contrairement à ce que prévoyait la convention collective, les juges du fond ont estimé que le seul préjudice réparable était celui, purement moral, subi par le salarié à la suite de l'inobservation des garanties disciplinaires. Ils lui ont donc accordé, avec l'approbation de la Cour de cassatioin, un franc de dommages-intérêts (15).

Un arrêt est intéressant à cet égard. Un employé d'un organisme de sécurité sociale, ayant commis des fautes graves, avait été licencié sans que son employeur se conforme à la procédure disciplinaire prescrite par la convention collective. Les juges du fond, malgré la reconnaissance expresse dans l'arrêt que le congédiement ainsi donné était abusif, s'étaient néanmoins refusés à allouer des dommages-intérêts au salarié. La Cour suprême a estimé que la faute grave du salarié l'empêchait de se prévaloir d'un préjudice résultant de la violation des conditions de formes imparties pour le congédiement (16). La faute grave du salarié libère-t-elle donc l'employeur de l'observations de ses propres obligations visant justement à protéger le salarié dans le cas d'une faute disciplinaire de sa part ?

Dans une autre espèce, une décision avait déclaré abusif le licenciement d'un salarié de l'O.R.T.F., condamné pour corruption de fonctionnaire, faute d'avoir fait comparaître l'intéressé devant le conseil paritaire. Elle avait donc mis à la charge de l'employeur la réparation de l'entier préjudice causé au salarié. La Cour suprême a censuré cette décision en estimant, d'une part, que l'O.R.T.F. *n'était tenu de réparer que le dommage en relation de causalité avec l'ommission qui lui était reprochée* et, d'autre part, qu'il n'avait pas été tenu suffisamment compte du comportement fautif du salarié (17).

(15) Cass. soc. 29 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 537.

(16) Cass. soc. 7 octobre 1964, Dr. soc. 1965.108, obs. J. SAVATIER; adde, 18 juillet 1961, J.C.P. 1962.II.12725.

(17) Cass. soc. 6 janvier 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 19.

En effet, lorsque, le licenciement étant abusif, il existe néanmoins un comportement fautif du salarié, le juge doit tenir compte dans l'évaluation du préjudice de ce comportement en réduisant, dans une certaine mesure, la somme allouée au salarié à titre de dommages-intérêts (18). Toutefois, même si les juges du fond constatent que le licenciement était justifié en lui-même, ils peuvent néanmoins accorder au salarié des dommages-intérêts en réparation du préjudice moral éprouvé par lui, d'une part, du fait des vexations que l'employeur lui a infligées pendant la durée du préavis et, d'autre part, de la remise tardive d'un certificat de travail conforme aux prescriptions légales (19).

Pour évaluer le préjudice, le juge tiendra compte de la situation du salarié avant son licenciement. Il prendra en considération, entre autres, la nature, l'importance, la stabilité de ses fonctions ainsi que les divers avantages dont il bénéficiait (20). En effet, le préjudice varie selon l'importance des fonctions exercées et de la difficulté de trouver un emploi équivalent après le licenciment.

Ainsi, les juges du fond apprécient suffisamment le préjudice subi par un directeur de société, licencié immédiatement alors qu'il exerçait d'importantes fonctions à l'entière satisfaction de son employeur, en retenant que ledit directeur *était en droit de compter sur une amélioration de sa situation* et que la mesure dont il avait été l'objet était de nature à faire peser sur lui une méfiance et une suspicion imméritées (21).

Dans cette espèce, le juge a tenu compte du préjudice futur du salarié qui, en ce cas, était certain. Il est vrai en effet que l'employé supérieur d'une société bénéficie d'une amélioration de sa situation dans l'avenir. Certes, le juge doit à cet égard tenir compte des conditions propres à chaque cas déterminé telles que les qualités du salarié et la santé de l'entreprise.

La Cour de cassation adopte cette idée et a refusé de casser un arrêt pour avoir tenu compte, dans l'évaluation d'un préjudice à la suite de la rupture abusive d'un contrat de travail, *de l'augmentation de traitement dont l'intéressé aurait pu bénéficier s'il avait conservé son poste* (22).

Un autre élément d'appréciation du préjudice subi par le salarié victime d'un licenciement abusif est la difficulté de retrouver un emploi analogue.

(18) Cass. soc. 18 avril 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 255.
(19) Cass. soc. 15 février 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 122.
(20) Cass. soc. 28 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 681.
(21) Cass. soc. 4 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 345.
(22) Cass. soc. 6 mars 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 286.

Le juge, évaluant *a posteriori* le préjudice, tiendra certainement compte du fait que le salarié a retrouvé du travail (23) ou qu'il a retrouvé un emploi aussi bien rémunéré (24). Le juge tiendra, bien entendu, compte du fait que les circonstances du licenciement avaient empêché le salarié de retrouver aussitôt un autre emploi (25), que le licenciement étant intervenu à la veille des vacances, le salarié n'avait été reclassé que plusieurs mois après (26), que l'âge de l'intéressé ne lui permettait pas de retrouver un emploi avant la retraite de vieux travailleur (27).

Le tribunal prendra également en considération la circonstance que le travailleur licencié a été obligé, pour trouver un autre emploi, de quitter la ville où il vivait avec sa famille et que, dans son ancien poste, il aurait eu une retraite plus avantageuse (28). Il sera également tenu compte de ce que le nouveau poste du salarié correspond à une qualification moindre et qu'il en résulte ainsi une différence de rémunération préjudiciable à ses intérêts (29).

Par ailleurs, lorsque le juge constate que la rupture abusive du contrat de travail d'un salarié a eu pour conséquence la démission de sa femme travaillant auprès du même employeur il peut attribuer des dommages-intérêts « aux époux » s'il relève que le renvoi abusif du mari a eu des conséquences dommageables communes aux deux époux (30).

En outre, les accords ayant eu lieu entre le salarié et son employeur au moment de la rupture abusive du contrat ainsi que leurs déclarations ultérieures peuvent avoir une influence sur l'appréciation du préjudice subi par le travailleur. Ainsi, un délégué du personnel irrégulièrement congédié, qui avait accepté de quitter l'entreprise moyennant l'engagement pris par son employeur de le reclasser, ne saurait reprocher aux juges du fond de n'avoir pas tenu compte dans l'évaluation de son préjudice de la violation de l'accord intervenu alors qu'à l'appui de sa demande en dommages-intérêts il considérait lui-même cet accord comme non avenu (31).

L'indemnité de rupture abusive fait, par ailleurs, courir des intérêts moratoires à compter du jour où elle a été fixée judiciairement (32).

(23) Cass. soc. 9 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 776.
(24) Cass. soc. 4 avril 1958, Bull. civ. 1959, IV, p. 643.
(25) Cass. soc. 25 mai 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 362.
(26) Cass. soc. 9 mai 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 324.
(27) Cass. soc. 8 février 1962, Inf. Chef d'Entr. 1962.865.
(28) Cass. soc. 11 juillet 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 595.
(29) Cass. soc. 15 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 160.
(30) Cass. soc. 10 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 472.
(31) Cass. soc. 8 mai 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 309.
(32) Cass. soc. 30 mai 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 492; 18 avril 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 258.

La jurisprudence rappelle assez souvent le caractère juridique propre à chacune des indemnités de rupture qui interdit au juge de condamner globalement l'employeur au paiement d'une somme unique (33).

Lorsque le licenciement est abusif en raison des agissements du directeur de la personne morale - employeur, le juge mettra certes à la charge de cette personne morale, la réparation du préjudice subi par le salarié. Mais, si le tribunal constate que le directeur de cette personne morale avait commis de fautes graves et personnelles dans le renvoi du salarié, il peut le condamner solidairement avec la personne morale, civilement responsable de ses agissements (34).

Toutefois s'il existe plusieurs responsables du licenciement abusif dont l'un a été condamné à réparer le dommage causé, le salarié ne peut pas demander par une action ultérieure la condamnation de l'autre responsable. En effet, le préjudice subi ne peut pas conduire à l'enrichissement de la victime au-delà de sa réparation.

Il en a été jugé ainsi à propos d'un employé d'une caisse d'allocations familiales congédié à la suite des démarches effectuées auprès de son employeur par une compagnie d'assurances. Pour ce congédiement jugé abusif, il avait obtenu la condamnation de la caisse à des dommages-intérêts. Le juge avait donc repoussé une nouvelle demande visant la condamnation de la compagnie d'assurances à des dommages-intérêts pour ce même licenciement abusif déjà entièrement réparé par la condamnation de son employeur (35).

Le droit belge, ainsi que le droit italien adoptent un système de sanctions très proche de celui du droit français. En somme ils préconisent la réparation du préjudice subi par le salarié injustement renvoyé par l'allocation d'une compensation pécuniaire.

En Italie, la sanction du licenciement pour motif illégitime paraît ouvrir un choix entre deux possibilités : réintégration du salarié dans les trois jours ou, à défaut, paiement d'une indemnité.

Ainsi l'article 8 de la loi italienne du 15 juillet 1966 dispose que, si l'employeur n'établit pas la juste cause ou un motif précis et valable de licenciement, il doit reprendre le travailleur dans un délai de trois jours; à défaut, il doit réparer le dommage en versant une indemnité. La loi fixe les limites minimum et maximum de cette indemnité (5 à 12 mensualités du dernier salaire). On s'aperçoit donc qu'il s'agit d'une indemnité à caractère forfaitaire. La loi laisse le soin de concrétiser cette indemnité, dans chaque cas déterminé,

(33) Cass. soc. 13 février 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 170; D. 1958.338; 4 juillet 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 647; 6 novembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 608; Inf. Chef d'Entr. 1965.510.

(34) Cass. soc. 10 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 472.

(35) Cass. civ. 2e sect. 4 octobre 1962, Bull. civ. 1962, II, p. 456.

au juge. Elle prescrit néanmoins (36) que le juge doit fixer cette indemnité *en fonction de l'importance de l'entreprise, de l'ancienneté du travailleur* et *du comportement des deux parties.* Une réduction est prévue pour les salariés d'une faible ancienneté ainsi que pour ceux travaillant dans une entreprise occupant moins de soixante salariés. Au contraire, une majoration est prévue pour les salariés ayant une ancienneté supérieure à vingt ans.

On s'aperçoit que les critères objectifs sont prépondérants, du moins du point de vue numérique. Sans doute, le troisième critère, qui tient compte du comportement des parties, est un caractère subjectif et contrebalance, dans une certaine mesure, les deux autres critères objectifs. Mais l'indemnité prévue par l'article 8 semble moins destinée à sanctionner une faute qu'à remplir une fonction. Le critère de l'« importance de l'entreprise » est assez éloquent.

Il appartient au juge de fixer l'indemnité de licenciement en ayant à l'esprit les trois critères de l'article 8. C'est un autre témoignage de la souplesse qui marque cette loi. En effet, le juge peut adapter l'importance de l'indemnité à chaque cas d'espèce en tenant compte de ses particularités.

On constate que le juge possède ici des pouvoirs suffisants pour adapter l'indemnité au caractère particulier de chaque espèce. D'ailleurs, les facteurs d'appréciation préconisés par le législateur incitent le juge à apprécier le montant de cette indemnité d'après sa fonction sociale. En effet, la loi stipule que l'indemnité sera fixée en raison de l'importance de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié; toutefois, les facteurs subjectifs tel que le comportement de chaque partie ne doivent pas être étrangers à l'appréciation du juge.

Section II.

LE SYSTEME DU DROIT ALLEMAND

Avant la loi du 10 août 1951 (KSchG), malgré son caractère antisocial, le congé était valable et le salarié avait la possibilité d'attaquer en justice ledit congé et de demander sa révocation.

La loi du 10 août 1951 déclare formellement que *le congé antisocial est « juridiquement inefficace » (rechtsunwirksam). Cette sanction signifie que le congé déclaré antisocial ne peut pas produire ses effets juridiques habituels. Son effet essentiel étant la cessation de la*

(36) Article 8, alinéa 1er.

relation de travail pour l'avenir, cette relation subsiste lorsque le congé donné est qualifié d'antisocial (37).

A partir de ce point, les règles habituelles du droit civil trouvent application. Car si la relation de travail reste valable, chacune des parties doit accomplir les obligations en découlant. En l'occurence, le salarié doit fournir sa prestation de travail et l'employeur doit verser le salaire; si l'employeur refuse d'accepter la prestation du salarié, il doit néanmoins verser le salaire si le salarié offre d'exécuter sa propre prestation en se tenant à la disposition de son employeur. Cette situation continue jusqu'à ce que l'employeur, au moyen d'un congé valable, fasse cesser la relation de travail.

Toutefois, il appartient au juge de qualifier un congé d'antisocial. Le salarié licencié qui désire attaquer en justice son congédiement doit agir dans un délai de trois semaines. Il demandera au juge de constater que, le congé n'étant pas justifié, la relation de travail n'a pas cessé (38). Si le salarié congédié n'agit pas en justice dans le délai de trois semaines, le congé donné est valable rétroactivement.

Des questions d'ordre essentiellement procédural se posant tant à propos de la demande du salarié visant à faire déclarer le congé antisocial qu'à propos de ses rapports avec la demande en paiement des salaires, lorsque le congé a été qualifié d'antisocial par le juge. Nous n'examinerons pas ces questions (39).

Le droit hellénique adopte un système analogue à celui du droit allemand. Lorsque le congé est abusif, il est frappé d'une nullité relative (40). Le congé ne peut produire aucun effet; donc, le contrat de travail subsiste et chaque partie est obligée d'accomplir ses obligations. Si l'employeur refuse d'accepter la prestation de travail offerte par le salarié, il doit néanmoins verser le salaire. Toutefois, le salarié doit intenter l'action en nullité du congé dans un délai de trois mois. Il faut rappeler que ces sanctions s'appliquent également lorsque le congé est nul pour vice de forme. Tel est le cas, comme nous l'avons déjà signalé, lorsque l'employeur ne signifie pas par écrit le congé ou ne verse pas en même temps l'indemnité de licenciement prescrite par la loi n° 2112/1920.

(37) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 1, n° 44, p. 96.

(38) § 3 KSchG.

(39) Voir Hueck, *op. cit.*, § 3, p. 102 et s.; du même auteur, Klage und Urteil im Kündigungsschutzstreit, Festschrift für Nipperdey, 1955, p. 99 et s.; Güntner, Das Verhältnis von Feststellungs-und Lohnklage nach dem KSchG, RdA, 1953, p. 249; Habscheid, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess, RdA, 1958, pp. 46 et 95; Walter, Streitgegenstand und materielle Rechtskraft bei Feststellungsklagen aus Anlass der Kündigung eines Arbeitnehmers, RdA, 1954, p. 264 et s.

(40) Capodistrias, *in* Ermak, art. 669, n° 42; Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 404 et s.; A.P. n° 54/1966, E.E.D. 1966, p. 333.

Lorsque le salarié s'estime abusivement congédié, il peut soit agir en nullité du congé et demander le paiement de ses salaires soit accepter la validité de son licenciement et agir en justice pour obtenir le paiement de l'indemnité de licenciement de la loi n° 2112/1920. Mais s'il a choisi la seconde voie, c'est-à-dire l'action visant à obtenir le paiement de son indemnité de licenciement, il ne peut ultérieurement invoquer la nullité du congé car il est considéré comme ayant renoncé à invoquer cette nullité.

Dans l'hypothèse où le salarié demande le versement de ses salaires à la suite de la décision du juge déclarant nul le congé intervenu, l'employeur peut déduire des salaires dûs, pour le temps pendant lequel il n'acceptait pas la prestation de travail malgré la survie du contrat de travail, les sommes que le salarié a gagnées en fournissant ailleurs son travail.

L'essentiel de ce système de sanctions consiste en une obligation indirecte de l'employeur de réintégrer le salarié. Certes, le juge n'ordonne pas, dans sa décision, la réintégration du salarié. Il se contente de déclarer, qu'à la suite de la nullité du congé le contrat de travail n'a pas cessé; par conséquent, chaque partie doit accomplir les obligations qui en découlent.

L'employeur se trouve devant un dilemme; payer le salarié sans bénéficier de la prestation de travail ou le réintégrer. Toutefois l'employeur a le droit de mettre fin au contrat en prononçant un nouveau congé dans les conditions légales.

Ce système de sanctions de droits allemand et grec est sans doute un aspect positif de l'application stricte des principes du droit civil en matière de rapports de travail. Néanmoins il n'en est pas toujours ainsi.

La distinction entre le licenciement sanctionnateur et libérateur est certes utile et claire mais on ne saurait la concevoir comme une distinction trop tranchée. C'est surtout en droit français qu'une telle distinction n'est pas unanimement admise. Les droits allemand et grec l'adoptent expressément tandis que le droit italien l'accepte implicitement. Il existe néanmoins une différence marquante entre les deux sortes de licenciement. D'une part, l'employeur renvoie le salarié en observant le préavis et ses autres obligations de rupture tandis que, dans l'autre cas, il le renvoie immédiatement sans aucun préavis pour sanctionner une faute grave.

Il existe toutefois certaines hypothèses de licenciement qu'on ne peut facilement qualifier comme appartenant au licenciement libérateur ou sanctionnateur. Il s'agit par exemple du licenciement pour faute légère. En cette matière l'employeur peut licencier le salarié mais il doit observer le préavis. A première vue, le licenciement pour

faute légère ne peut donc se classer ni dans la catégorie du licenciement sanctionnateur ni dans celle du licenciement libérateur. Mais en réalité, l'employeur invoque, dans la majorité des cas, une faute légère du salarié pour renforcer la motivation d'un licenciement libérateur. Il imputera, par exemple, à un salarié qu'il comprend dans un licenciement collectif pour cause de réorganisation de l'entreprise, diverses fautes légères pour mettre son action à l'abri d'une demande en dommages-intérêts.

En fait, le rôle de la faute légère du salarié dans le contrôle judiciaire du licenciement est assez réduit. L'employeur qui allègue un motif économique justifie le licenciement. L'imputation d'une faute légère lui sert pour se défendre contre une action du salarié réclamant des dommages-intérêts pour licenciement abusif. Si le salarié établit des présomptions d'un comportement abusif de l'employeur, ce dernier peut éviter une condamnation en établissant une faute légère du salarié.

Toutefois, jamais une faute légère du salarié ne peut justifier son licenciement immédiat et sans préavis. La jurisprudence exige à cette fin une faute grave. Ainsi, le licenciement pour faute légère se rapproche plutôt, en réalité, du licenciement libérateur. Il n'en reste pas moins que son rappel nous signale la relativité de la distinction entre licenciement libératuer et sanctionnateur.

Cette relativité apparaît également à propos de la détermination de l'initiative de la rupture du contrat du travail et surtout lorsqu'on examine le licenciement qui résulte d'une modification unilatérale du contrat de la part de l'employeur.

En effet, on ne peut pas se demander qui a pris l'intiative de la rupture lorsqu'on parle du licenciement libérateur car nous avons défini ce licenciement comme étant celui qui résulte de la volonté de l'employeur de se libérer des services d'un salarié. Donc, en ce qui concerne le licenciement libérateur, l'initiative de la rupture ne peut provenir que de la part de l'employeur.

Toutefois, les choses sont plus complexes en pratique, surtout lorsque le licenciement résulte d'une modification du contrat de la part de l'employeur. En cette matière, on ne peut affirmer que l'employeur a toujours agi à des fins sanctionnatrices. *En fait, toute mesure de modification du contrat de travail peut être motivée soit par des préoccupations économiques soit par le souci de l'employeur de sanctionner un salarié fautif.* Il en est ainsi lorsque l'employeur procède à une rétrogradation ou à une mutation du salarié. Il en est de même lorsqu'il change unilatéralement ses conditions de rémunération. Les motifs de l'employeur peuvent être différents d'une espèce à l'autre.

Les difficultés d'une distinction trop tranchée entre les cas représentant le licenciemnt libérateur et ceux appartenant au licenciement sanctionnateur ne peuvent mettre en question ni la distinction en son principe ni son utilité; ceci est encore plus évident lorsqu'on envisage le licenciement d'un point de vue comparatif.

DEUXIEME PARTIE

LE CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT SANCTIONNATEUR

Nous avons déjà essayé d'opérer une distinction entre le licenciement libérateur et le licenciement sanctionnateur, distinction qui inspire notre travail au cours de cette thèse. Après avoir examiné le contrôle judiciaire concernant le licenciement libérateur, nous allons maintenant aborder celui concernant le licenciement sanctionnateur.

Comme nous l'avons déjà signalé le licenciement sanctionnateur se distingue du licenciement libérateur en ce que l'employeur agit *en vue de sanctionner une faute du salarié*. Certes, ce critère n'est pas, tel quel, accepté par les systèmes juridiques que nous examinons, mais nous l'avons adopté comme critère fondamental de cette distinction.

Mais avant d'examiner le contrôle judiciaire du licenciement sanctionnateur proprement dit, nous allons aborder un problème connexe, celui de l'intiative de la rupture du contrat de travail.

CHAPITRE PREMIER

LA DETERMINATION DE L'INITIATIVE DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

On pourrait penser que ce problème se situe hors de notre sujet car nous traitons du contrôle judiciaire du licenciement, ce qui suppose une rupture du contrat de travail *due à l'initiative de l'employeur*. Toutefois, une telle attitude méconnaîtrait l'état réel des choses, car, surtout en droit français, le problème de l'initiative de la rupture du contrat de travail constitue un objet très important du contrôle judiciaire.

Nous avons jugé plus convenable d'examiner ce problème ici car, en vertu de la distinction que nous avons adopté, il est exclu *a priori* du domaine du licenciement libérateur (1). En effet, en cette matière, on suppose que le licenciement provient de l'initiative de l'employeur puisqu'on présume sa volonté de se libérer, pour des raisons surtout économiques et techniques, de ses obligations issues du contrat de travail.

La solution à la question de savoir à qui incombe l'initiative de la rupture, entraîne des conséquences pratiques considérables car elle est déterminante pour l'attribution des différentes indemnités de rupture, telles que les indemnités de préavis, de licenciement ou de clientèle et, éventuellement, de rupture abusive (2).

En ce qui concerne l'initiative de la rupture, un problème spécifique est posé par la modification unilatérale du contrat de travail faite par

(1) *Supra* 1re partie, Gén. II.
(2) G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 22.

l'employeur. Contrairement au problème de l'initiative de la rupture, qui est important surtout en droit français, la modification du contrat de travail ne préoccupe pas seulement le droit français mais également les autres systèmes juridiques que nous examinons.

Après avoir étudié la détermination, par le juge, de l'auteur de la rupture du contrat de travail, nous aborderons les problèmes spécifiques posés par sa modification unilatérale à l'initiative de l'employeur.

Section I.

LA DETERMINATION PAR LE JUGE DE L'AUTEUR DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Si on se refère aux principes classiques du droit civil, ce problème paraît facile à résoudre. Pour déterminer l'auteur de la rupture du contrat de travail, il suffit de désigner la partie qui a exprimé la volonté de rompre le contrat. Toutefois, si les choses apparaissent claires en théorie, elles le sont moins en pratique car la réalité présente, en cette matière, des aspects multiples.

Dans une grande partie des cas de rupture, la volonté de celui qui a poursuivi cette rupture n'apparaît pas clairement. Il appartient alors au juge d'examiner les circonstances particulières de la cause et le comportement de chaque partie afin d'établir qui est l'auteur de la rupture ayant agi directement ou indirectement.

A ce sujet, la jurisprudence française est très riche. La raison en est l'absence d'un formalisme strict en ce qui concerne le congé-acte juridique. En effet, la jurisprudence française ne considère pas la forme de la lettre recommandée, imposée pour le congédiement par la loi du 19 février 1958, comme requise pour la validité du congé; elle n'y voit qu'un simple moyen de preuve. Le congé peut donc être établi par d'autres moyens de preuve. Les litiges concernant l'initiative de la rupture trouvent donc, pour la plupart, leur source dans cette position jurisprudentielle.

Pour déterminer l'auteur de la rupture, la jurisprudence utilise habituellement deux termes. Elle parle tantôt d'« initiative » tantôt de « responsabilité ». Ces deux termes appellent quelques réflexions.

Il faut tout d'abord rappeler qu'en se tenant aux principes classiques du droit civil il est nécessaire que l'une des parties exprime d'une façon sérieuse sa volonté de rompre le contrat. Le terme « initiative » correspond bien à cette exigence car il signifie que le juge est convaincu de l'existence d'une manifestation de volonté de

rompre le contrat de la part de la partie à laquelle il attribue cette « initiative ».

Mais le terme « responsabilité » de la rupture n'est pas aussi subjectif que celui d'« initiative». *On pourrait dire que ce dernier terme est une notion subjective tandis que le premier marque un glissement vers une conception objective.* Quand le juge emploie le terme de « responsabilité » de la rupture pour désigner son auteur, il signifie, qu'après avoir examiné une situation de fait d'où il est résulté une rupture du contrat de travail, il a conclu que cette rupture était *imputable* à l'une ou à l'autre des parties. Au contraire, quand le même juge emploie le terme d'« initiative » de la rupture, il signifie sa conviction que l'une des parties *a voulu et poursuivi par des actes concrets* la rupture du contrat de travail. En suivant cette idée, on pourrait dire que la jurisprudence évolue vers une définition plus souple de ses exigences en vue de la détermination de l'auteur de la rupture du contrat de travail, c'est-à-dire en n'exigeant pas d'une façon stricte l'établissement d'une manifestation de volonté unilatérale de la part de l'auteur de la rupture.

Toutefois, la jurisprudence ne paraît pas, au moins dans son état actuel, faire une utilisation consciente, en ce sens, des deux termes. Ce qui apparaît comme plus probable est que le juge s'adapte à la spécificité de chaque cas. Il exige, en général, la manifestation d'une volonté sérieuse de rompre le contrat afin de déterminer l'auteur de la rupture. Toutefois, lorsqu'une telle constatation n'est pas possible, il s'efforce, en appréciant le comportement de chaque partie, d'attribuer la responsabilité de la rupture qui est résultée d'une situation de fait.

Tout d'abord, le juge s'efforcera d'établir l'existence d'une manifestation de volonté pour déterminer l'auteur de la rupture. Dans sa recherche, il appliquera en général les principes classiques du droit civil. Ainsi, lorsque l'employeur se borne à écrire à son employé qu'il considère son absence injustifiée comme impliquant sa volonté de rompre son contrat, le juge peut néanmoins attribuer ce licenciement à l'initiative de l'employeur du moment qu'il constate une dépression mentale chez le salarié, circonstance qui vicie sa volonté (3). Il faut noter qu'il appartient au salarié demandeur en paiement de préavis et, éventuellement, de dommages-intérêts pour rupture abusive, d'établir que la responsabilité de la rupture incombe à l'employeur (4). Pour ce faire, le salarié doit apporter la preuve soit d'un licenciement exprès soit de faits assimilables à un congédiement (5).

(3) Cass. soc. 2 mai 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 304.
(4) Cass. soc. 14 juin 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 446.
(5) Cass. soc. 7 juillet 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 480; adde, 13 mars 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 280.

D'une manière générale, la jurisprudence attribue l'initiative de la rupture à l'employeur lorsque son comportement rend impossible la continuation normale du contrat par le salarié (6). Il en est également ainsi lorsqu'un employé supérieur est victime de vexations injustifiées destinées à ruiner son crédit auprès du personnel (7). Le départ du salarié consécutif à ce comportement de l'employeur n'en laisse pas moins l'initiative de la rupture à ce dernier. Il en est toujours ainsi lorsque le salarié quitte son travail après avoir été grossièrement traité en public par son employeur (8). Dans cet ordre d'idées, la Cour suprême a estimé que lorsqu'une employée, grossièrement injuriée par son employeur, demande verbalement son compte sous le coup de l'émotion, mais exprime par lettre, dès le lendemain, son intention de continuer ses fonctions, les juges du fond peuvent décider que ladite employée n'a pas exprimé une volonté formelle de rompre son contrat. L'initiative incombe donc à l'employeur (9).

Dans une autre espèce, l'employeur avait écrit à son salarié une lettre dans laquelle, après lui avoir fait divers reproches, il lui déclarait que le mieux était de se séparer à l'amiable. Le salarié n'avait pas donné son accord aux propositions de règlement qui lui étaient faites. La jurisprudence a décidé que l'initiative de la rupture provenait, en ces circonstances, de l'employeur (10).

Deux autres arrêts sont significatifs de la façon d'après laquelle la jurisprudence apprécie le comportement de l'employeur. Dans la première espèce, il s'agissait d'un dentiste employé dans le dispensaire d'une Chambre des métiers. Les juges du fond avaient constaté que l'employeur avait refusé avec une singulière tenacité et sans donner de motifs, d'établir au profit de l'intéressé un contrat conforme au code de déontologie malgré les menaces de sanctions professionnelles dont le dentiste était l'objet. Ce refus l'avait contraint à donner sa démission. Les mêmes juges du fond avaient par ailleurs constaté que ladite Chambre avait délivré sans difficulté à un autre praticien travaillant dans le même dispensaire un contrat conforme aux exigences déontologiques. D'après ces constatations, ils avaient décidé, d'une part, que la responsabilité de la rupture incombait à l'employeur et, d'autre part, que le licenciement ainsi donné était abusif. La Cour de cassation a confirmé leur décision (11).

(6) Cass. soc. 9 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 780 : violences exercées par l'employeur contre le salarié en présence du personnel.

(7) Cass. soc. 20 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 400.

(8) Cass. soc. 8 décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 750; 27 juin 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 559.

(9) Cass. soc. 10 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 777.

(10) Cass. soc. 9 janvier 1959, Inf. Chef d'Entr. 1959.323.

(11) Cass. soc. 12 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 28; J.C.P. 1966.II.14607, obs. J. Savatier.

Dans une seconde espèce, une entreprise fermait habituellement ses ateliers pendant une courte période de morte saison selon un usage accepté par le personnel. La jurisprudence a considéré qu'un employé, qui s'était vu refuser la reprise du travail dans un délai raisonnable, à l'expiration de cette période, était en droit de se considérer comme licencié et que l'employeur, responsable de la rupture devait lui verser l'indemnité de préavis (12).

Le juge examinera également le comportement du salarié dans sa recherche en vue de déterminer l'auteur de la rupture. Lorsque les agissements de ce dernier ont été incompatibles avec la continuation normale du contrat de travail, la responsabilité de la rupture intervenue lui incombe. Il en a été ainsi dans un cas où l'employée d'une société de publications avait attendu la mise sous presse du numéro de Noël de la revue publiée par cette société pour présenter, sous menace de saisie de ce numéro, des revendications injustifiées. La Cour suprême a estimé que la responsabilité de la rupture incombait à cette employée qui avait substitué aux rapports de confiance réciproque nécessités par un travail d'équipe, un climat incompatible avec la continuation du contrat (13).

Toutefois, le comportement du salarié ne permettra pas de lui imputer la responsabilité de la rupture lorsqu'il aura été justifié. La jurisprudence exige une manifestation sérieuse et non équivoque du salarié pour décider que la rupture du contrat de travail est due à son initiative. La Cour suprême a estimé que cette volonté n'existe pas lorsqu'un salarié a cité en justice son employeur pour faire constater que la rupture de son contrat était le fait de son employeur (14). De même, un salarié mis à pied par mesure disciplinaire ne rompt pas son contrat en s'engageant, *à titre provisoire*, dans une autre entreprise, dès lors qu'il n'a pas manifesté l'intention de faire cesser son contrat antérieur (15).

Le juge attribuera l'initiative de la rupture en examinant le comportement des parties *au moment de cette rupture*. Leur comportement ultérieur est, en principe, sans influence sur sa décision. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que lorsqu'il résulte des faits que le contrat de travail a été rompu par l'employeur, le refus ultérieur de l'employé de reprendre son travail ne lui transfère pas la charge de la rupture (16).

La détermination de l'auteur de la rupture du contrat de travail n'est pas toujours facile pour le juge. Il arrive que les deux parties

(12) Cass. soc. 9 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 703.
(13) Cass. soc. 25 octobre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 714.
(14) Cass. soc. 17 mai 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 366.
(15) Cass. civ. 19 juillet 1956, Gaz. Pal. 1956.2.257; Bull. civ. 1956, II, p. 306.
(16) Cass. soc. 13 avril 1956, Inf. Chef d'Entr. 1956.789.

aient une part de responsabilités dans la cessation de leur collaboration. C'est le cas lorsque des fautes réciproques existent dans leur comportement, surtout si leurs rapports étaient plus personnalisés, s'agissant par exemple d'un cadre. Dans de telles circonstances, si le juge se trouve dans l'impossibilité de dire à qui incombe la responsabilité de la rupture, il l'attribuera aux torts réciproques des deux parties. Il en a été ainsi pour la rupture du contrat d'un ingénieur appartenant aux cadres d'une entreprise. Les juges du fond, après avoir examiné le comportement des deux parties se trouvant à l'origine de la rupture, avaient décidé que cette rupture provenait de la conjonction des volontés des deux parties et en avaient déduit qu'aucune d'elles n'était redevable à l'autre d'indemnités de rupture. La Cour suprême a approuvé leur décision (17).

La jurisprudence attribue, par ailleurs, l'initiative de la rupture à la partie qui, par la non-exécution des obligations contractuelles, a provoqué la rupture du contrat (18). Il en est ainsi lorsque le refus de l'employeur d'exécuter ses obligations a provoqué le départ du salarié (19). La jurisprudence a estimé à juste titre que lorsque le salarié a éprouvé, pendant quarante jours, des difficultés pour obtenir le règlement de ses salaires et a été obligé de travailler ailleurs pour se procurer des ressources, la rupture du contrat de travail incombe à l'employeur (20).

En outre, le salarié qui s'abstient pendant près de trois mois de remplir ses obligations, sans en fournir les raisons, prend l'initiative de la rupture de son contrat de travail (21).

L'employeur a l'obligation d'assurer la sécurité du salarié dans son emploi. Un arrêt en a déduit que si un employé se sentant à juste titre menacé physiquement dans sa personne par la brutalité du conjoint de son employeur, qui travaille à ses côtés, rompt son contrat de travail, cette rupture est imputable à l'employeur et peut être déclarée abusive (22).

Normalement, si le salarié n'exécute pas ses obligations ou a un comportement non-conforme à ces dernières, la responsabilité de la rupture lui incombe. Toutefois, les données du problème changent

(17) Cass. soc. 10 mars 1965, D. 1965.374; adde, 3 juillet 1963, D. 1963.657.

(18) Cass. soc. 24 avril 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 277; D. 1963.567.

(19) Cass. soc. 11 janvier 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 32; Inf. Chef d'Entr. 1957.304; 11 décembre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 1000 : non-paiement de salaires et de l'indemnité de congés payés; 23 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 159 : non-paiement de commissions; 7 mars 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 193 : non-paiement de l'indemnité de congés payés et de commissions.

(20) Cass. soc. 23 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 72.

(21) Cass. soc. 15 mars 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 220.

(22) Cass. soc. 14 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 116; Inf. Chef d'Entr. 1957.916.

si l'employeur connaissait et tolérait ce comportement. C'est le cas d'un représentant de commerce qui, au mépris d'une clause d'interdiction figurant dans son contrat, a représenté d'autres firmes que celle de son employeur. La jurisprudence a estimé que l'initiative de la rupture incombait à l'employeur qui avait connu et toléré cette situation. Il a donc dû verser les indemnités de préavis et de clientèle (23).

Toutefois, il faut que les obligations non exécutées soient claires et non litigieuses. Un arrêt est significatif à cet égard. Il s'agissait d'un représentant de commerce qui avait cessé unilatéralement son travail en invoquant le défaut de paiement par son employeur des commissions qu'il prétendait lui être dues. La Cour suprême a estimé que l'initiative de la rupture incombait à ce représentant car lesdites commissions étaient litigieuses (24).

Par ailleurs, la jurisprudence exige que la non-exécution des obligations contractuelles résulte d'une volonté délibérée. Tel n'est pas le cas lorsqu'un employeur n'a pas versé au salarié certaines indemnités auxquelles lui donnait droit une convention collective, par erreur sur un principe juridique. Les juges du fond qui avaient attribué, en l'espèce, l'initiative de la rupture à l'employeur sans rechercher si cette inexécution partielle de ses obligations était due à une erreur sur un principe juridique ou à une volonté délibérée de ne pas respecter l'accord collectif, ont vu leur décision cassée, comme dépourvue de base légale, par la Cour de cassation (25).

Section II.

LA MODIFICATION UNILATERALE DU CONTRAT DE TRAVAIL DE LA PART DE L'EMPLOYEUR

Ce problème se pose en des termes très analogues dans tous les systèmes juridiques que nous examinons. En Allemagne, il est désigné sous la dénomination de Anderungskündigung. Les solutions adoptées sont assez proches d'un système à l'autre.

Il ne nous appartient pas d'examiner l'ensemble de la question de la modification unilatérale du contrat de travail (26) car un tel examen dépasserait les limites de notre sujet. Nous essaierons seule-

(23) Cass. soc. 3 juin 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 479; D. 1957.596.
(24) Cass. soc. 17 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 222.
(25) Cass. soc. 20 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 517.
(26) Voir à cette fin l'étude de M. le professeur G.-H. Camerlynck, La revision du contrat de travail, *in* J.C.P. 1965.I.1964.

ment de voir comment cette question est envisagée en pratique dans le cadre du contrôle judiciaire du licenciement.

Il faut tout d'abord signaler que, s'agissant d'un contrat de travail à durée déterminée, « aucune modification *substancielle* ne saurait être imposée par l'une des parties avant l'arrivée du terme institué » (27). Si le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée, les solutions changent en pratique. Toutefois, même en ce cas, l'employeur qui désire apporter une véritable modifications aux dispositions initiales du contrat, ne peut pas l'imposer au salarié. Si on s'en tient aux principes classiques du droit des obligations, le contrat fait la loi des parties et une modification de ses clauses ne peut résulter que d'un commun accord des parties. L'employeur ne peut donc, par sa seule volonté, modifier le contrat.

Mais en ce qui concerne le contrat de travail à durée indéterminée, la loi reconnaît à chacune des parties un droit à la résiliation unilatérale. L'employeur peut donc menacer de mettre fin au contrat si le salarié n'accepte pas la modification qui lui est proposée. « La faculté, pour chaque partie, de proposer à l'autre une modification des conditions de travail est en effet implicitement contenue dans l'article 23 qui donne à chaque contractant le droit de résilier le contrat de travail à durée indéterminée. La modification des conditions de travail n'est qu'un des aspects possibles de la résiliation. L'une des parties propose à l'autre de maintenir à d'autres conditions les relations contractuelles. Elle accompagne son offre d'un congé conditionnel au cas de refus » (28).

Cette justification juridique du pouvoir de l'employeur de procéder à des modifications unilatérales du contrat de travail à durée indéterminée trouve un autre fondement dans les exigences de la réalité. En fait, et il s'agit là d'une constatation banale, l'évolution scientifique et technique ainsi que la conjoncture économique imposent à l'employeur une constante réadaptation des données de son entreprise. Cette réadaptation produit des effets particulièrement sensibles dans le domaine de l'emploi, qui se traduisent par des mesures telles que licenciement collectif, changement d'affectation ou mutation, déclassement ou rétrogradation, etc.

C'est dans ce contexte que le juge est appelé à exercer son contrôle. Ce contrôle porte sur des cas précis et individuels et ne peut jamais porter sur la légitimité ou l'opportunité d'une mesure collective. Il s'agit pour le juge d'apprécier une modification du contrat d'un salarié déterminé, mesure qui a abouti finalement à la rupture de son contrat de travail.

(27) G.-H. Camerlynck, article précité.
(28) Durand et Vitu, tome II, n° 410, p. 785.

En présence d'une telle situation, le juge aura à répondre à deux questions. En premier lieu, à celle de savoir à qui appartient l'initiative ou la responsabilité de la rupture intervenue à la suite d'une modification du contrat de travail et, en second lieu, à celle de savoir si cette rupture est ou non abusive.

Ces deux questions sont distinctes et l'attribution à l'employeur de l'initiative ne signifie point que celui-ci a abusé de son droit de mettre fin au contrat de travail. Même si les modifications imposées par une société à son représentant sont telles qu'elles ne peuvent pas être acceptées par celui-ci, les juges du fond, qui constatent qu'elles ont été décidées dans l'intérêt de l'entreprise et que le salarié ne prouve ni l'intention malicieuse ni la légèreté blâmable de l'employeur, refusent à bon droit de reconnaître un caractère abusif à ce congédiement (29). Un arrêt de la Chambre sociale du 25 mai 1960 (30) s'exprime très clairement en ce sens : « En déduisant de ces constatations, d'une part, que, si la rupture du contrat incombait à l'employeur qui avait changé l'emploi de Dame Bordas sans le consentement de celle-ci, la demande de dommages-intérêts pour congédiement abusif n'était pas fondée dès lors qu'il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée et que la salariée ne démontrait pas que son employeur... avait agi avec malveillance ou légèreté blâmable... le tribunal a légalement justifié sa décision ».

En général, le contrôle judiciaire répond de la façon suivante aux deux questions qui lui sont posées par la modification du contrat de travail. En ce qui concerne l'initiative de la rupture, la jurisprudence décide constamment que celle-ci appartient à l'employeur lorsque le départ du salarié a été motivé par une modification de la part de l'employeur d'une clause « substantielle » ou « essentielle » du contrat de travail (31). Quant au caractère de cette rupture, à supposer que celle-ci ait été attribuée à l'intiative de l'employeur, la jurisprudence estime qu'elle est abusive si l'employeur a procédé à la modification avec une intention malveillante ou avec une légèreté blâmable.

Le contrôle judiciaire porte donc plus spécialement, d'une part, sur le caractère essentiel ou non de la clause modifiée et, d'autre part, sur le comportement de l'employeur lors de cette modification. S'il y relève une faute de l'employeur, la rupture due à son initiative sera qualifiée d'abusive.

La tâche du juge devient plus délicate lorsqu'une clause du contrat attribue un certain pouvoir de modification à l'employeur. Ici, le

(29) Cass. soc. 19 avril 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 252; 14 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 793; adde, 21 mai 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 351.

(30) Bull. civ. 1960, IV, p. 439; Inf. Chef d'Entr. 1961-201.

(31) Cass. soc. 11 janvier 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 42; J.C.P. 1962.II.12564.

juge appréciera si la modification apportée était conforme à la disposition contractuelle. Un arrêt est significatif à cet égard. Le contrat d'un représentant de commerce prévoyait la possibilité pour l'employeur de modifier la délimitation géographique du secteur attribué. Une Cour d'appel avait estimé en interprétant cette clause, que celle-ci n'autorisait pas l'employeur à amputer le secteur primitf « du tiers en nombre et de moitié en valeur ». La même Cour d'appel avait également estimé, en interprétant la correspondance des parties à la suite de cette réduction du secteur de prospection, que l'employeur avait procédé à une résiliation du contrat et qu'il devait les indemnités de préavis et de clientèle. La Cour suprême a confirmé sa décision (32).

La jurisprudence estime en général que la nouvelle répartition des secteurs affectés aux représentants, qui entraîne pour l'un d'entre eux une modification désavantageuse, équivaut à un licenciement (33).

Constitue également une modification désavantageuse pour le salarié et dont le refus de s'y soumettre transfère à l'employeur l'initiative de la rupture une « aggravation importante de ses sujétions » (34). Ainsi, la Cour de cassation a estimé qu'un représentant qui a créé lui-même toute la clientèle de l'entreprise et dont les commandes sont en progression constante, n'est pas tenu de se plier aux exigences nouvelles de l'employeur, lui prescrivant l'envoi journalier d'une liste établie à l'avance et comportant un horaire minuté des clients à visiter dans un ordre imposé, de telles exigences dépassant le cadre des « instructions nouvelles » et constituant une modification du contrat originaire de représentation (35).

La jurisprudence s'adapte, dans les solutions qu'elle apporte, à la spécificité de chaque cas comme en témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1964 (36). Une salariée avait obtenu de son employeur un contrat spécial la faisant bénéficier, en raison du jeune âge de son enfant, d'un horaire réduit. Elle avait ensuite refusé de revenir à l'horaire normal de l'ensemble du personnel. La Cour suprême a estimé que l'employeur n'avait commis aucune faute en proposant ce changement unilitéral des clauses du contrat de l'intéressée mais, néanmoins, que l'opposition de celle-ci à cette modifi-

(32) Cass. soc. 17 novembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 677.

(33) Cass. soc. 11 janvier 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 59; Inf. Chef d'Entr. 1958.506; 20 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 226; adde, 1er juillet 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 475.

(34) Cass. soc. 3 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 526; J.C.P. 1963, éd. G, IV, p. 145.

(35) Cass. soc. 21 avril 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 354; D. 1961.523, n. S. Duretteste.

(36) Bull. civ. 1964, IV, p. 389.

cation, essentielle pour elle en raison de l'âge de son enfant, laissait à la charge dudit employeur la responsabilité de la rupture.

Toutefois, la jurisprudence considère que l'employeur qui réorganise un service en diminuant son importance, mais sans porter atteinte à la situation matérielle de l'employé qui le dirige, ne peut être, en cas de départ volontaire de celui-ci, considéré comme responsable de la rupture du contrat de travail (37). Dans une autre espèce, il s'agissait d'une réorganisation des services commerciaux d'une société intervenue après sa fusion avec une autre firme. La société avait offert à un employé de lui maintenir ses conditions de travail antérieures dans le même secteur, diminué en étendue mais comportant un accroissement de son ancien chiffre d'affaires. L'employé a opposé un refus persistant de remplir ces nouvelles fonctions. La jurisprudence a estimé que les modifications ne touchaient pas aux conditions essentielles du contrat et que l'initiative de la rupture du contrat appartenait à l'employé (38).

En outre, la jurisprudence refuse parfois de considérer comme des modifications certaines mesures de l'employeur. Un employeur avait pris différentes mesures, destinées à ralentir et à réorganiser les ventes, qui avaient provoqué le départ d'un représentant. Les juges du fond avaient constaté que ces mesures étaient imposées par les conditions du marché et constituaient un risque de la profession bien connu des représentants. Ils n'ont donc pas considéré ces mesures comme des modifications unilatérales apportées par l'employeur aux conditions d'exercice du contrat et ils ont attribué l'initiative de la rupture au représentant qui n'a pas eu droit aux indemnités de rupture. La Cour suprême a confirmé cette décision (39).

En présence d'une modification imposée par l'employeur, la question se pose de savoir si elle a été acceptée par le salarié. Dans l'affirmative, il y aurait une novation du contrat ou une renonciation de sa part. Mais, comme le constate M. le professeur G. H. Camerlynck (40) « Par une heureuse utilisation des techniques du droit civil, la jurisprudence fait ici une stricte application du principe que la novation ou la renonciation ne se présument pas ».

L'accomplissement de son travail, par le salarié, sous les nouvelles conditions constitue-t-il une acceptation tacite de la modification ? La jurisprudence est ici nuancée et adapte ses décisions, à la spécificité de chaque cas. En principe, lorsque le temps pendant lequel le salarié travaille sous les nouvelles conditions est relativement court,

(37) Cass. soc. 9 mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 204.
(38) Cass. soc. 28 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 683.
(39) Cass. soc. 5 janvier 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 14.
(40) Article précité.

la jurisprudence ne considère pas cette circonstance comme faisant présumer une acceptation ou une novation. L'état de subordination du salarié peut l'expliquer.

Ainsi, le fait par l'employé de recevoir pendant un trimestre un salaire réduit n'est qu'une présomption insuffisante d'une novation. Il en est de même de l'acceptation d'une nouvelle affectation dès lors qu'elle a été donnée sous la condition que le salaire resterait le même (41). En outre, le licenciement d'un salarié pour avoir attaqué en justice un changement d'emploi avec diminution de salaire, est considéré comme abusif (42).

Toutefois, le comportement du salarié et son silence peuvent parfois faire présumer son acceptation tacite. Ainsi, la Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait attribué la responsabilité de la rupture à l'employeur sans répondre à ses conclusions selon lesquelles le salarié avait accepté les nouvelles conditions de travail et les avait respectées pendant neuf mois sans protestation ni réserve (43).

Dans un autre cas, l'emploi d'un cadre avait été supprimé et cet employé avait travaillé pendant un an dans un poste inférieur que son employeur lui avait offert. La Cour suprême a estimé que ce cadre avait accepté la modification de son contrat et n'a pas considéré son déclassement comme une rupture de la part de l'employeur (44). L'acceptation se présumera plus facilement si les modifications du contrat sont légitimes.

Les modifications unilatérales apportées par l'employeur au contrat de travail sont de nature très diverse. Mais en examinant la jurisprudence, très riche à ce sujet, on peut grouper ces modifications en trois catégories. En premier lieu, les mesures constituant *une rétrogradation* du salarié, en deuxième lieu, *les modifications de ses conditions de rémunération* et, en troisième lieu, *la mutation du salarié.*

Très souvent, une modification unilatérale constitue en même temps une mutation et une rétrogradation; la diminution du salaire peut être également à la fois une rétrogradation ou se conjuguer avec une mutation. La réalité des rapports de travail apporte des éléments qui ne coïncident pas avec les distinctions juridiques mais ces dernières nous aident à étudier les problèmes de droit qui naissent de ces rapports. C'est pour cette raison que nous examinerons dans la suite de notre travail le contrôle judiciaire relatif à ces trois

(41) Cass. soc. 8 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 888.
(42) Cass. soc. 11 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 574.
(43) Cass. soc. 16 mai 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 353; adde, 10 février 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 96.
(44) Cass. soc. 29 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 294.

groupes de modifications. Dans un quatrième point, nous ferons quelques observations de droit comparé.

A. — La rétrogradation du salarié.

La question de savoir s'il y a rétrogradation d'un salarié est nécessairement liée au problème de sa qualification professionnelle (45). En effet, au commencement de leur collaboration les parties au contrat de travail se mettent d'accord essentiellement sur la détermination du travail à accomplir et sur le salaire à payer. Toutefois, la vie contemporaine de l'entreprise ne peut pas se concilier avec une conception statique de l'exécution du contrat de travail. Au contraire, elle impose une conception évolutive. Les transformations économiques et techniques ainsi que le pouvoir de direction du chef d'entreprise imposant une telle conception.

Dans ce contexte, il est parfois assez délicat de qualifier de rétrogradation une mesure prise par l'employeur. Les limites de la qualification professionnelle et du pouvoir de direction du chef d'entreprise ne sont pas si faciles à déterminer. Il s'agit ici de l'une des missions les plus délicates confiées au contrôle judiciaire.

La jurisprudence considère, en général, que l'offre d'un emploi inférieur, lorsqu'elle n'est pas acceptée par le salarié, équivaut à un congédiement du fait de l'employeur qui doit verser l'indemnité du préavis (46). Si la mesure de rétrogradation n'est pas empreinte d'une malveillance ou d'une légèreté blâmable, ce congédiement n'est pas abusif (47). Tel est le cas d'une rétrogradation imposée à un cadre à la suite d'une réorganisation générale de l'entreprise (48). Il en est de même d'un employé supérieur lorsqu'il a reçu des multiples observations échelonnées sur plusieurs années et a, dans de nombreux cas, été incapable de remplir des fonctions dont il avait la charge. Son licenciement consécutif à son refus d'accepter un poste inférieur n'a pas été considéré comme abusif (49).

Toutefois, la Cour de cassation a considéré comme abusif le licenciement, consécutif à son refus d'accepter un déclassement, d'une salariée ancienne et ayant donné toute satisfaction. Cette appréciation

(45) Despax, La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques, J.C.P. 1962.I.1710.

(46) Cass. soc. 21 février 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 150; Inf. Chef d'Entr. 1962.866; 25 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 833; 2 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 664.

(47) Cass. soc. 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 105.

(48) Cass. soc. 19 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 204; Inf. Chef d'Entr. 1959.399; 20 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 512.

(49) Cass. soc. 8 février 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 141.

de la Cour suprême était motivée par une conséquence, grave pour cette salariée, de son licenciement : celui-ci avait pour effet de la priver d'une retraite (50).

La jurisprudence considère comme des rétrogradations l'offre d'un poste hiérarchiquement inférieur (51) ou une diminution des attributions du salarié (52). Ces mesures ne perdent pas leur caractère même si l'employeur offre de maintenir la qualification ou la rémunération antérieures. Toutefois, si ces mesures sont prises dans l'intérêt de l'entreprise, la rupture à l'initiative de l'employeur qui en résulte n'est pas abusive (53).

Constitue également une rétrogradation l'attribution au salarié d'un titre inférieur. Ainsi, l'employeur est considéré comme l'auteur de la rupture du contrat de travail d'une directrice de maison d'enfance lorsqu'il prétend sans son accord, la tenir pour institutrice à mi-temps à son retour de congé (54). Une autre espèce est significative à cet égard. Il s'agissait d'un salarié considéré depuis de nombreuses années comme directeur, qui avait refusé d'être qualifié « employé hors catégorie ». Il avait été licencié à la suite de ce refus. Les juges du fond avaient relevé que rien ne justifiait cette modification qui constituait une rétrogradation, puisque, si le maintien des émoluments antérieurs lui était promis, l'intéressé, en acceptant, aurait vu son autorité et sa situation matérielle diminuées, et aurait, en outre, perdu le bénéfice de la retraite des cadres. En présence de ces faits, les juges ont considéré que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable. La Cour de cassation les a approuvés (55).

Une rétrogradation peut également résulter des *changements successifs* apportés à la situation matérielle et morale du salarié (56) ou de *l'amenuisement successif* de l'activité et des pouvoirs d'un cadre, amenuisement qui conduisait à la stérilité de son poste et à l'éventualité inéluctable de sa suppression (57). Le refus du salarié de tolérer cette situation ne lui vaut pas l'attribution de la responsabilité de la rupture du contrat.

Toutefois, lorsque la mesure de rétrogradation a été prise conformément aux dispositions conventionnelles applicables, les solutions

(50) Cass. soc. 20 novembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 667; Inf. Chef d'Entr. 1964.719.
(51) Cass. soc. 28 novembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 805.
(52) Cass. soc. 30 mai 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 490; 10 avril 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 294.
(53) Cass. soc. 10 juillet 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 604; 15 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 840.
(54) Cass. soc. 20 décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 812.
(55) Cass. soc. 2 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 189.
(56) Cass. soc. 19 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 622.
(57) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 264.

jurisprudentielles sont plus nuancées. Un employé avait été rétrogradé sur avis du conseil de discipline conformément à la convention collective applicable. Il avait refusé de se soumettre à cette sanction, avait cessé son travail et avait été vainement sommé de le reprendre. Les juges du fond avaient attribué l'initiative de la rupture à l'employeur et l'avaient condamné à verser l'indemnité de préavis. Leur jugement a été censuré par la Cour de cassation qui a estimé que c'était le salarié qui, par son refus, avait rendu impossible l'exécution du préavis (58).

Par ailleurs, lorsque l'employeur procède à une modification unilatérale d'une clause essentielle du contrat de travail d'un délégué du personnel, qui est désavantageuse pour lui et que l'intéressé n'accepte pas, la rupture du contrat incombe à l'employeur qui doit observer les formalités de l'article 16 de la loi du 16 avril 1946. A défaut, il sera condamné à des dommages-intérêts envers le salarié ainsi congédié (59).

B. — La modification unilatérale des conditions de rémunération du salarié.

Les clauses du contrat de travail relatives à la rémunération du salarié sont, bien entendu, des clauses essentielles. Leur modification unilatérale par l'employeur entraîne donc pour ce dernier la responsabilité de la rupture lorsqu'elle n'est pas acceptée par le salarié. Nous entendons, bien sûr, une modification désavantageuse pour le salarié.

La jurisprudence applique constamment ce principe. Ainsi, la réduction unilatérale du taux des commissions d'un représentant constitue un congédiement lorsqu'elle n'est pas acceptée par lui. L'employeur doit donc verser les indemnités de préavis et de clientèle (60). La solution est la même lorsque l'employeur a fait des efforts persistants pour obtenir d'un représentant l'acceptation amiable d'une réduction du taux de ses commissions, avant d'imposer unilatéralement cette réduction (61).

La Cour de cassation estime par ailleurs que le tribunal qui décide qu'un employeur « ne pouvait réduire unilatéralement le salaire

(58) Cass. soc. 5 décembre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 729.
(59) Cass. soc. 2 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 664; J.C.P. 1965.II.14057.
(60) Cass. soc. 10 juin 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 410; Paris 8 mars 1961, J.C.P. 1961.II.12084; toutefois, sur la question de l'indemnité de préavis, la Cour suprême pose certaines autres conditions. Voir à ce sujet, Cass. soc. 24 octobre 1962, J.C.P. 1962.II.12960 avec la note de M. G.-H. Camerlynck.
(61) Cass. soc. 9 juillet 1962, Bull. civ. 1692, IV, p. 518.

convenu » d'un salarié, attribue implicitement mais nécessairement audit employeur la responsabilité de la rupture du contrat de travail (62). De même l'employeur est responsable de la rupture du contrat lorsque, contrairement aux conventions intervenues, il établit des bulletins de paye mentionnant un salaire minoré, ce qui a pour effet d'opérer le déclassement du salarié (63).

L'attribution à l'employeur de l'initiative de la rupture ne signifie pas que celle-ci est abusive. Un jugement ayant constaté la nécessité de réorganisation d'une entreprise en raison de sa situation financière difficile et qui a cependant estimé abusive la rupture intervenue après le refus du salarié d'accepter une diminution de son salaire dans le cadre de cette réorganisation, a été censuré par la Cour de cassation (64). En général, la jurisprudence ne considère pas comme abusif le licenciement intervenu à la suite du refus du salarié d'accepter une diminution de son salaire, à condition que cette mesure se situe dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise (65). Peu importe que cette réorganisation puisse être préjudiciable au salarié (66). La Cour suprême a cassé un arrêt qui avait donné pour mission à un expert de rechercher dans quelle proportion le salaire d'un employé avait été réduit par l'application des nouvelles dispositions à lui proposées et par lui refusées, le calcul de cette réduction devant permettre au juge d'apprécier si la rupture du contrat de travail avait été abusive. La Cour exige à cette fin l'établissement par le salarié d'une intention malveillante ou d'une légèreté blâmable (67).

Une décision est significative de ce dernier point de vue. Une société « avait modifié l'organisation et les modalités de rémunération de tous ses visiteurs médicaux ». Les juges du fond avaient déclaré abusif le licenciement d'une visiteuse médicale, consécutif à son refus d'accepter cette modification, au motif que « les bases de la rémunération avaient été modifiées sans égard à ses services et aux résultats considérables obtenus par elle ». La Cour de cassation écarte cette motivation des juges du fond en répétant son argumentation traditionnelle : « en statuant ainsi alors que la modification rentrait dans les pouvoirs normaux du chef d'entreprise les juges n'ont pas léga-

(62) Cass. soc. 25 novembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 831.
(63) Cass. soc. 20 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 399.
(64) Cass. soc. 10 juillet 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 603; Inf. Chef d'Entr. 1962.35.
(65) Cass. soc. 15 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 839; 29 mars 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 256; adde, 18 novembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 630 : mesures prises sur le conseil d'une société spécialisée chargée d'étudier la réorganisation de l'entreprise.
(66) Cass. soc. 30 mai 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 489; Inf. Chef d'Entr. 1959.20.
(67) Cass. soc. 16 juin 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 397; D. 1965.742.

lement justifié leur décision » (68). Par ailleurs, le licenciement d'un salarié ayant protesté énergiquement pour la suppression d'une gratification qui n'était qu'une pure libéralité n'a pas été considéré comme abusif (69).

Toutefois, la jurisprudence examine les clauses conventionnelles en présence. Ainsi, une société avait réduit, par application d'une clause du contrat, le taux du pourcentage de rémunération de son directeur. Ce dernier avait refusé cette modification et quitté son travail. L'initiative de la rupture de son contrat lui a été attribuée (70).

De toute cette jurisprudence, ressort très clairement quelle étendue est attribuée au pouvoir de direction du chef d'entreprise dans un domaine aussi important que la détermination de la rémunération du salarié. *En somme, la jurisprudence estime que l'employeur peut, en fait, modifier les modalités de rémunération de ses salariés. En cas de refus d'acceptation de ces derniers, il lui est certes attribué l'initiative de la rupture du contrat mais celle-ci n'est jamais abusive si elle est imposée par l'intérêt de l'entreprise, surtout dans le cadre d'une réorganisation.*

Et il ne faut pas oublier que, d'après cette même jurisprudence, l'employeur est « seul juge » de l'intérêt de son entreprise.

C. — La mutation du salarié.

Ce problème présente de multiples aspects, économiques, juridiques et sociaux. Les transformations économiques et industrielles lui confèrent un caractère à la fois important et aigu. Cette situation est en contradiction constante avec les principes classiques du droit des obligations imposant une fixité du rapport contractuel initial, fixité exprimée par les jurisconsultes romains par la formule *pacta sunt servanda.*

Il est admis aujourd'hui que les nécessités de l'expansion économique imposent une certaine mobilité de la main-d'œuvre car une rigide stabilité de l'emploi présente des aspects économiques néfastes (71). Des phénomènes tels que les fusions, concentrations, transferts d'entreprises (72) ou créations de succursales ou de nouvelles branches d'une entreprise déjà existante, sont très fréquents depuis quelque années. Ces phénomènes ont actuellement dépassé les limites des frontières nationales et se développent sur le plan

(68) Cass. soc. 23 avril 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 418.
(69) Cass. soc. 20 juin 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 473.
(70) Cass. soc. 7 février 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 160.
(71) Despax, Stabilité de l'emploi et mobilité de la main-d'œuvre, D. 1960.229.
(72) H. Sinay, Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise, J.C.P. 1961.I.1647.

international. La modification par l'employeur du lieu de travail est donc devenu très fréquente, ce qui pose des problèmes assez délicats au contrôle judiciaire du licenciement. Nous nous en tiendrons à ces derniers.

Il ne faut pas confondre la mutation du salarié et son « transfert ». Cette dernière situation peut être définie comme « l'opération juridique « liée » par laquelle un travailleur, sur l'invitation de son premier employeur, quitte son poste pour passer au service d'un nouvel employeur qui a accepté de le prendre en charge » (73). Il n'y a donc ici ni un licenciement ni une démission du salarié.

Comme dans les hypothèses précédentes de modification du contrat de travail, le juge doit répondre essentiellement à deux questions, en premier lieu, celle de l'initiative de la rupture et, en second lieu, celle du caractère abusif ou non du licenciement lorsque l'initiative de la rupture a été préalablement attribuée à l'employeur.

Pour répondre à la première question, le juge doit apprécier si le lieu d'exécution du contrat était un élément essentiel du contrat de travail. S'il répond affirmativement, l'employeur qui a modifié unilatéralement cet élément sera, en cas de refus du salarié d'accepter la modification, qualifié de responsable de la rupture (74).

La jurisprudence considère, en règle générale, que le lieu d'exécution du contrat de travail constitue un élément essentiel. Toutefois, cette règle n'est pas absolue et cette même jurisprudence prévoit certains aménagements jugés souhaitables pour assurer un minimum de mobilité de la main-d'œuvre (75).

Comment le juge appréciera-t-il le caractère essentiel ou non du lieu d'exécution du travail ? Car il est evident que cet élément peut être essentiel pour le salarié et secondaire pour l'employeur. L'examen de la jurisprudence montre qu'en général, le juge se place du point de vue du salarié pour apprécier l'importance du lieu de travail. *Il procède donc à une appréciation subjective de cet élément.* Nous donnerons quelques exemples de cette jurisprudence.

Un salarié embauché et travaillant dans la ville où il habite avait été informé que l'atelier était transféré dans une autre ville en raison d'une centralisation des activités de l'entreprise. Le salarié ayant refusé de travailler dans cette nouvelle ville, les juges du fond avaient attribué l'initiative de la rupture à l'employeur car ils avaient

(73) G.-H. Camerlynck, Le transfert du salarié, D. 1966, Chr., p. 133.

(74) Cass. soc. 25 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 85; J.C.P. 1961.II.12036 *bis*; D. 1961.621, note M. Despax; Inf. Chef d'Entr. 1961.409; 14 décembre 1965, Bull. civ. 1965, p. 780; 6 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 578; 24 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 745 : mutation à un emploi moins rémunéré.

(75) Voir à ce propos la note importante de M. le professeur M. Despax, sous Cass. soc., 25 janvier 1961, précité.

estimé que cette mutation du lieu de travail constituait, par suite de son éloignement, une modification d'une clause essentielle du contrat de travail. L'employeur a donc été obligé de payer l'indemnité de préavis. La Cour suprême a approuvé leur décision (76). La même appréciation a été faite dans un autre arrêt où également l'éloignement du nouvel atelier a déterminé la jurisprudence à qualifier d'essentielle la clause modifiée par l'employeur (77).

Dans ces deux arrêts, le caractère essentiel de la clause modifiée est apprécié du point de vue du salarié. De même, la Cour de cassation a estimé que le fait, par un employeur, de muter un salarié dans une ville *où il sait que l'intéressé ne peut pas séjourner,* doit être assimilé à un congédiement (78).

Cette conception de la jurisprudence apparaît encore plus clairement dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 février 1966 (79). Les juges du fond avaient relevé que la mutation décidée par l'employeur aurait eu pour conséquence d'obliger une salariée, ancienne dans l'entreprise, à travailler dans un autre magasin pour le compte d'une autre société qui, *bien qu'appartenant au même groupe que l'employeur,* en était néanmoins distincte et qui, malgré la garantie offerte, *aurait pu ne pas être tenue de lui conserver ses avantages professionnelles et notamment son ancienneté.* Ils en ont déduit qu'une telle mutation constituait une modification du contrat de travail que la salariée était en droit de refuser et équivalait à une rupture du contrat imputable à l'employeur. La Cour suprême a confirmé leur décision.

Cette appréciation du caractère de la clause modifiée faite du point de vue du salarié constitue un des heureux aspects du contrôle judiciaire du licenciement en France car il introduit des considérations sociales et humaines dans un domaine où les pressions économiques et technologiques sont particulièrement fortes.

L'arrêt précité est significatif d'un autre point de vue. Il nous montre combien sont complexes les problèmes posés par la mutation du salarié au sein d'un groupe de sociétés. La tendance générale de la jurisprudence en la matière s'oriente vers l'acceptation de l'unité du rapport contractuel liant le salarié à son employeur (80). Cette tendance se manifeste dans deux arrêts relativement récents de la Cour de cassation.

(76) Cass. soc. 16 juillet 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 503.
(77) Cass. soc. 13 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 48.
(78) Cass. soc. 17 février 1961, J.C.P. 1961.II.12036 *bis.*
(79) Bull. civ. 1966, IV, p. 108.
(80) M. Despax, Groupe de sociétés et contrat de travail, Dr. soc. 1961.597.

Dans sa décision du 1er juillet 1965 (81) la Chambre sociale déclare que les sociétés appartenant au même groupe constituent, tout en conservant leur personnalité, « une communauté d'intérêts leur permettant d'effectuer comme en l'espèce des mutations de personnel ne pouvant préjudicier aux droits que les intéressés avaient à l'encontre de chacune de ces entreprises ». Elle en déduit qu'un salarié muté dans une autre société du même groupe, et congédié peu après, peut se prévaloir de son ancienneté dans la première société et de la convention collective qui liait celle-ci.

La même idée inspire l'arrêt du 23 mai 1966 (82).

La Cour suprême estime qu'une employée, embauchée par une entreprise commerciale et passée au service d'une société du même groupe ayant une activité agricole, est simplement mutée à l'intérieur d'un même groupe de sociétés, sans novation du contrat initial. Elle peut invoquer, en cas de licenciement, un usage local accordant une indemnité de licenciement aux employés des maisons de commerce.

L'arrêt du 2 février 1966 (83) semble donc être en contradiction avec cette jurisprudence, car il a considéré comme une modification essentielle du contrat la mutation du salarié à une autre société du même groupe, niant ainsi implicitement le droit de l'employeur de procéder à une telle mutation (84). La Cour suprême a voulu ici garantir les droits du salarié. Toutefois, ces contradictions traduisent l'incertitude qui, malgré la tendance générale de la jurisprudence, caractérise encore cette matière.

Si la convention collective contient des dispositions concernant les modifications du contrat de travail, le juge doit certes en tenir compte lors de la détermination de l'auteur de la rupture (85). Il en va de même lorsque de telles dispositions sont contenues dans le contrat individuel ou le statut du personnel éventuellement existant.

Ainsi, lorsque le contrat individuel d'un salarié prévoit expressément la possibilité pour l'employeur de le changer d'affectation « si les circonstances ou les besoins de l'entreprise l'exigent », le salarié qui refuse une mutation prise en vertu de cette disposition, est responsable de la rupture de son contrat de travail (86). Dans un autre arrêt, la Cour suprême a estimé que l'affectation à un poste déterminé d'un agent du personnel navigant de la Compagnie Air

(81) Dr. soc. 1966.103, obs. J. SAVATIER.
(82) Dr. soc. 1967.182, obs. J. SAVATIER.
(83) Précité.
(84) Cass. soc. 1er juillet 1965, précité.
(85) Cass. soc. 22 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 151; Inf. Chef d'Entr. 1957.919.
(86) Cass. soc. 26 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 729; D. 1961.61; adde, 16 décembre 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 900.

France, prévue pour deux ans, n'avait pas pour effet de priver la compagnie du droit que lui reconnaît le statut du personnel de muter à toute époque ses agents navigants selon les besoins du service (87).

Mais c'est surtout pour le personnel des banques que le lieu de travail n'est pas habituellement considéré comme un élément essentiel du contrat. En effet, un salarié s'engageant dans un établissement bancaire peut facilement prévoir qu'une mesure de mutation est très possible, de telles mesures étant très fréquentes dans ce secteur. En outre, des dispositions du règlement intérieur existent parfois en ce sens. Pour ces raisons, la jurisprudence reconnaît fréquemment aux banques le droit d'opérer, dans l'intérêt du service, des mutations de leurs salariés. Si ceux-ci refusent d'accepter ces mesures, ils prendront l'initiative de la rupture de leur contrat de travail (88).

En outre, la rupture du contrat de travail consécutive au refus par le salarié d'une mutation d'emploi jugée nécessaire par le médecin du travail n'est pas imputable à l'employeur (89).

Du moment que l'initiative de la rupture a été attribuée à l'employeur, le problème se pose de savoir si elle a un caractère abusif. Le juge applique ici les principes normaux du contrôle du licenciement. Il cherchera si l'employeur a commis une faute lors de ce « licenciement conditionnel ».

D'une manière générale, une telle faute n'existe pas si l'employeur a pris une mesure de mutation, à l'origine de la rupture, dans le but d'assurer le bon fonctionnement et l'intérêt de son entreprise. Ainsi, l'employeur ne commet aucune faute en changeant d'affectation un salarié en considération de son rendement (90).

Toutefois, le juge peut qualifier d'abusif un tel licenciement en raison des circonstances particulières de l'espèce. Ainsi, la Cour suprême a estimé qu'une mutation imposée à un salarié, comportant réduction de salaire et changement d'emploi et de résidence sans imputation de fautes à sa charge, peut revêtir un caractère de rétrogradation vexatoire assimilable à une rupture abusive de son contrat de travail (91). Il en va de même lorsque la modification est considérée comme injustifiée par le juge (92). La Cour suprême a également estimé qu'un employé est fondé à refuser sa mutation lorsqu'elle constitue une rétrogradation et qu'elle est opérée en vue

(87) Cass. soc. 1er février 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 116.
(88) Cass. soc. 28 avril 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 276; Gaz. Pal. 1956.2.278; 11 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 572; Gaz. Pal. 1959.2.121; 26 février 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 140.
(89) Cass. soc. 4 mai 1961, Dr. soc. 1961.481, obs. J. Savatier.
(90) Cass. soc. 13 janvier 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 22.
(91) Cass. soc. 22 mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 252.
(92) Cass. soc. 17 janvier 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 85.

de provoquer son départ. La rupture — à l'initiative de l'employeur — qui en résulte a un caractère abusif (93).

Dans son appréciation, le juge doit tenir compte des dispositions contractuelles en présence. Une violation du contrat individuel ou du règlement intérieur constituera une circonstance propre à établir l'abus de droit de la part de l'employeur. Un arrêt d'appel avait estimé que l'employeur n'avait pas abusé de son droit de muter d'office un employé et de le licencier pour refus d'accepter cette mutation. Mais, il ne répondait pas aux conclusions ni aux motifs des premiers juges qui avaient relevé que l'employeur avait enfreint les dispositions précises du règlement intérieur relatives aux mutations, en procédant à une mutation d'office, sans avoir fait des recherches préalables de candidats dont le résultat infructueux pouvait seul permettre une telle mesure (94).

La Chambre sociale exige que l'établissement de l'abus de droit par les juges du fond soit clair. Ainsi, elle casse les jugements qui ne la mettent pas en mesure d'exercer son contrôle. Un jugement avait accordé des dommages-intérêts pour rupture abusive à un salarié au motif que le lieu de travail avait été transféré, ce qui lui imposait des charges supplémentaires. Mais ce jugement ne répondait pas aux conclusions de l'employeur qui invoquait la commune intention des parties, la précarité du lieu de travail lors de l'embauche et de la prérogative que lui donnait la convention collective de transférer ce lieu de travail; il a été donc cassé par la Cour suprême (95).

D. — Observations de droit comparé.

La question de la modification des conditions de travail accompagnée d'un congé conditionnel, désignée en Allemagne par le terme Anderungskündigung, pose des problèmes multiples et controversés. Nous en donnerons un bref aperçu.

Par le terme Anderungskündigung on entend un congédiement au moyen duquel le congédiant cherche à obtenir, en premier lieu, non une cessation de la relation de travail mais un changement des conditions de ce travail. Cette opération se traduit en droit soit comme un congédiement sous la condition que l'autre partie refuse la modification proposée soit comme un congédiement sans condition mais lié à l'offre d'un nouveau contrat. Ces deux explications juridiques de la Anderungskündigung conduisent aux mêmes résultats

(93) Cass. soc. 6 mars 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 246; Inf. Chef d'Entr. 1958.592.
(94) Cass. soc. 9 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 906; D. 1961.143, 2e esp., note J.-M. Verdier.
(95) Cass. soc. 3 janvier 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 9.

pratiques (96). La doctrine estime que la loi du 10 août 1951 sur la protection contre le licenciement joue également dans le cas de la Anderungskündigung (97). Le salarié peut donc entreprendre l'action en justice dans le délai des trois semaines prévu par cette loi.

Le salarié n'est pas obligé d'accepter une modification des conditions de travail prévues dans son contrat. S'il refuse, il n'agit ni illégalement ni d'une façon fautive. Mais si le congédiement conditionnel n'est pas antisocial il ne pourra pas se plaindre pour la perte de son emploi.

La question fondamentale qui occupe la doctrine et le contrôle judiciaire est donc de savoir sous quelles conditions la Anderungskündigung présente un caractère antisocial au sens du paragraphe 1 du KSchG.

D'après l'opinion dominante, pour apprécier ce caractère il faut prendre en considération l'offre faite par l'employeur de poursuivre la relation de travail sous d'autres conditions (98). *Le caractère antisocial n'existe pas si la modification des conditions de travail proposée est objectivement justifiée et peut être exigée du salarié* (99).

Le contrôle judiciaire doit préciser, dans chaque cas déterminé la formule doctrinale d'après laquelle la Anderungskündigung n'a pas un caractère antisocial si la modification des conditions de travail est *objectivement justifiée.* Elle considère que c'est le cas lorsque la modification est exigée par des intérêts légitimes de l'employeur. Autrement dit, la mesure se justifie lorsque les conditions sont telles qu'elles amèneraient un employeur décidant avec compréhension à changer les conditions de travail existantes (100). Le critère de la jurisprudence est donc un critère objectif, celui du comportement d'un employeur décidant normalement et avec compréhension.

Ces principes servent de cadre général de la solution du problème des modifications unilatérales de la relation de travail en Allemagne. La jurisprudence concrétise ces principes dans chaque cas d'espèce, qu'il s'agisse d'une modification des conditions de rémunération, d'un changement d'affectation ou d'autres modifications plus spéciales.

(96) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 1, n° 30, p. 65.

(97) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 626; Nikisch, Die sogennante Anderungskündigung, Festschrift für F. Sitzler, 1956, p. 265 et s.; Wiedemann, Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach dem Kündigungsschutzgesetz, RdA, 1961, p. 4.

(98) Böttticher, Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Anderungskündigung, Festschrift für Molitor, 1962, p. 124.

(99) Die Sozialwidrigkeit ist zu verneinen, wenn die vorgeschlagene Anderung der Arbeitsbedingungen sachlich gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar ist, Hueck, *op. cit.*, n° 30*a*, p. 66.

(100) Hueck, *op.* et *loc. cit.* et la jurisprudence citée.

Les juristes allemands pensent en général que le salarié a un droit sur la conservation de sa place de travail sous les conditions convenues dans son contrat (101). Toutefois, *la loi du 10 août 1951 protège le salarié contre le licenciement et non contre le changement de ses conditions de travail.* Cette situation est la source de nombreux conflits théoriques avec des incidences pratiques sur lesquels nous ne nous étendrons pas ici (102).

Par ailleurs, on distingue la Anderungskündigung des modifications des conditions de travail faites soit en vertu du droit de direction de l'employeur soit en vertu d'une clause contractuelle. Il en est ainsi en ce qui concerne la mutation du salarié à l'intérieur de l'entreprise lorsqu'elle est conforme au contrat de travail (103). Mais la mutation du salarié pose, en droit allemand, des problèmes multiples et délicats qui dépassent le cadre de ce travail (104).

Le droit grec adopte une attitude analogue à celle du droit allemand. Toutefois, une disposition expresse existe à ce sujet. Il s'agit de l'article 7 paragraphe 1 de la loi n° 2112/1920 stipulant que toute modification unilatérale du contrat de travail, préjudiciable au salarié, est considérée comme un congédiement. L'employeur doit donc observer toutes les conditions de fond et de forme prévues par la loi, notamment le versement de l'indemnité légale de licenciement et la notification par écrit du congé.

Le contrôle judiciaire porte sur deux plans, d'une part, *détermination des cas où il existe une modification préjudiciable au salarié de ses conditions de travail* et, d'autre part, *contrôle de ce congédiement du point de vue de l'abus de droit.* En ce dernier domaine, le juge applique les critères traditionnels.

En ce qui concerne la première branche du contrôle judiciaire, elle s'analyse en deux questions. *Il faut examiner, en premier lieu, s'il y a bien eu une modification unilatérale préjudiciable au salarié et en second lieu, si cette modification n'entre pas dans les prérogatives conférées à l'employeur par son droit de direction* (105).

La jurisprudence considère, en général, comme assimilable à un licenciement toute modification constituant un préjudice matériel ou moral pour le salarié (106).

(101) Böttticher, *op.* et *loc. cit.*

(102) Voir Hueck, *op. cit.*, n° 30*a* et 30*b*, pp. 66-71 avec des références en doctrine et en jurisprudence.

(103) Hueck, *op. cit.*, n° 31, p. 72 et la jurisprudence citée.

(104) Voir à ce sujet la thèse de M. Stromberg, Die Versetzung des Arbeitnehmers, Cologne, 1963.

(105) A.P. n° 249/1967, E.E.D. 1967, p. 802; 455/1964, E.E.D. 1964, p. 1029.

(106) A.P. n° 406/1967, E.E.D. 1967, p. 1116; 249/1967, précité; 791/1964, E.E.D. 1965, p. 201.

Nous constatons donc qu'en ce qui concerne les problèmes posés au contrôle judiciaire par la modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur, les droits français, allemand et grec adoptent des positions assez proches. Lorsque la modification est préjudiciable au salarié, elle s'analyse en un congédiement conditionnel. Le juge contrôle le caractère de la modification et répond à la question, assez délicate en pratique, de savoir quand cette modification dépasse les prérogatives conférées à l'employeur en vertu de son pouvoir de direction.

CHAPITRE DEUXIEME

LE FONDEMENT DU LICENCIEMENT SANCTIONNATEUR

Nous avons déjà développé les bases de cette distinction. En Allemagne et en Grèce, la distinction est très nette. Le licenciement ordinaire est généralement effectué avec l'observation d'un préavis alors que le licenciement extraordinaire l'est, en général, sans observation d'un préavis mais à condition qu'il existe une « cause sérieuse ». C'est cette dernière condition, constituant par ailleurs un concept juridique, qui justifie le licenciement extraordinaire. Le contrôle judiciaire s'exerce principalement en cette matière, sur l'existence de cette condition.

Nous avons proposé de caractériser le licenciement sanctionnateur, en droit français, sur la base de la faute grave privative du préavis. En effet, l'employeur peut, lorsque le salarié a commis une telle faute, le licencier sans observer le préavis normal car il entend, au moyen de ce licenciement, *sanctionner la faute de son salarié.*

Le fondement du licenciement sanctionnateur est donc différent en droit allemand et grec, d'une part, et en droit français, d'autre part. En France, il est constitué par une notion subjective, la faute grave privative de préavis, tandis qu'en Allemagne et en Grèce il est constitué par une notion objective, l'existence d'une « cause sérieuse ». Nous avons toutefois signalé (1) que malgré cette opposition théorique le contenu du licenciement sanctionnateur est à peu près analogue en pratique dans ces systèmes juridiques.

(1) *Supra* Introduction, II, D.

Nous allons donc examiner le fondement du licenciement sanctionnateur, qui est la faute grave du salarié en France et la « cause sérieuse » en Allemagne et en Grèce.

En Italie, il s'agit de licenciement extraordinaire lorsque l'employeur invoque une « juste cause » au sens de l'article 2119 du Code civil italien. En Belgique le licenciement extraordinaire revêt la forme du licenciement pour « motifs graves » (2) tandis qu'au Pays-Bas il est effectué pour des « motifs impérieux » (3).

Section I.

LA FAUTE GRAVE DU SALARIE

Avant d'examiner la faute grave du salarié proprement dite, nous jugeons utile d'aborder la résolution judiciaire du contrat de travail. En effet, tant en droit français qu'en droit allemand, il exige une possibilité, utilisée en pratique, pour que le juge lui-même prononce la résolution du contrat de travail. Il ne le fera certes que sur la demande soit de l'employeur soit du salarié. Nous examinons ici cette technique juridique car elle est essentiellement fondée sur la faute grave du salarié.

Sous-section 1.

LA RESOLUTION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL

A. — Droit français.

La jurisprudence considère, en général, que, le contrat de travail étant une convention synallagmatique, l'article 1184 du Code civil trouve application. Chaque partie peut donc, en cas d'inexécution fautive par l'autre de ses obligations, demander la résolution judiciaire du contrat de travail et que des dommages-intérêts lui soient alloués. Ce principe s'applique au contrat de travail à durée tant déterminée qu'indéterminée. Toutefois, dans ce dernier cas, la procédure de

(2) Horion, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, pp. 120, 135 et 136.

(3) Molenaar, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 301.

l'article 1184 du Code civil offre peu d'intérêt pratique puisque chaque partie peut résilier librement le contrat en se fondant sur l'article 23 du Livre I[er] du Code du travail (4).

La résolution pour inexécution présente au contraire un intérêt primordial, d'une part, en ce qui concerne le contrat de travail à durée déterminée et, d'autre part, en matière de licenciement d'un délégué du personnel ou d'un membre du comité d'entreprise. En effet, lorsque le contrat est à durée déterminée seule la procédure de l'article 1184 du Code civil permet à l'employeur de se libérer de son engagement avant l'expiration de la durée initialement prévue. Par ailleurs, seule cette même procédure permet à l'employeur de se libérer d'un délégué du personnel ou d'un membre du comité d'entreprise *sans observer les formalités spéciales prévues pour leur protection* (5).

La jurisprudence ne prononce la résolution qu'en cas de faute grave du salarié (6). L'employeur peut demander la résolution du contrat de travail en introduisant une demande soit directe soit reconventionnelle en réponse à une demande du salarié en réintégration ou en dommages-intérêts (7). La jurisprudence estime que cette demande reconventionnelle est valable bien que le licenciement, déjà prononcé par l'employeur, soit entaché de nullité (8).

Le juge peut prononcer la résolution aux torts réciproques des deux parties et sans indemnité (9). D'autre part, le juge saisi par un employeur et un salarié de demandes principales et reconventionnelles tendant à la résolution, aux torts de l'autre, du contrat de travail à durée déterminée, les unissant, ne peut, sans modifier arbitrairement les termes du litige, écarter les deux demandes et décider que le contrat est toujours applicable (10).

L'employeur peut avoir intérêt à voir décider que son action initiale en résolution était fondée, pour les griefs invoqués, à la date où il l'avait introduite. Les juges du fond ne peuvent donc rejeter une demande en résolution judiciaire au motif que l'employeur n'avait pas d'intérêt à ce qu'il soit statué sur sa demande, la rupture

(4) G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 277.

(5) Cass. soc. 21 février 1952, D. 1952.290; Besançon, 28 mai 1963, J.C.P. 1963. II.13412 ; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 367 et s., p. 317 et s.

(6) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *op. cit.*, n[os] 138 et 369, pp. 129 et 318.

(7) Cass. soc. 4 février 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 101.

(8) Cass. soc. 11 janvier 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 33; Inf. Chef d'Entr. 1957.440.

(9) Cass. soc. 25 octobre 1961, Dr. soc. 1962.100, note J. Savatier.

(10) Cass. soc. 15 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 490.

du contrat de travail étant définitivement acquise par le licenciement de l'intéressé en cours de procédure (11).

La jurisprudence a, par ailleurs, tendance à exclure la résolution judiciaire de l'application des clauses conventionnelles concernant la rupture du contrat de travail.

Elle a estimé que « les limitations apportées au droit de l'employeur de rompre unilatéralement, à titre de sanction, le contrat de travail par les dispositions de la convention collective relatives à l'institution d'un conseil de discipline, demeuraient étrangères à la demande en résolution judiciaire du contrat pour faute grave, introduite en application de l'article 1184 du Code civil » (12).

Nous donnerons deux exemples de cette jurisprudence.

Un contrat individuel contenait une clause prévoyant une indemnité, en faveur du salarié, en cas de résiliation anticipée « pour quelque cause que ce soit » de son contrat de travail à durée déterminée. Les juges du fond avaient, sur demande de l'employeur, prononcé la résolution du contrat pour fautes lourdes et intentionnelles du salarié. Par la même décision ils l'avaient privé de l'indemnité prévue par la clause expresse de son contrat sans donner aucune explication sur ce dernier point. La Cour de cassation a justifié cette attitude des juges du fond en estimant que ladite clause n'envisageait pas la résiliation judiciaire du contrat et, de toute façon, ne pouvait valablement prévoir le versement de l'indemnité en cas de fautes lourdes et intentionnelles (13).

La Cour de cassation a également estimé que l'article 6 du statut du personnel des industries électriques et gazières, qui dispose que la révocation ne peut être prononcée sans consultation préalable de la commission prévue à cet effet, s'applique au cas où l'employeur use de la faculté unilatérale de résiliation en vertu de l'article 23 du livre I[er] du Code du travail. Il ne s'applique pas en cas de demande de résolution judiciaire (14).

La condition requise par la jurisprudence pour la résolution du contrat de travail est l'existence d'une « faute grave » de la part du salarié. C'est sur ce point que s'exerce essentiellement le contrôle judiciaire. Le juge appréciera, d'une part, la matérialité des faits invoqués et, d'autre part, leur incidence sur le contrat de travail. *Il est tenu de vérifier l'existence des fautes graves imputées au salarié et ne peut s'en rapporter à la seule appréciation du chef d'entre-*

(11) Cass. soc. 21 décembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 721; Inf. Chef d'Entr. 1965.514.

(12) Cass. soc. 29 mars 1960, J.C.P. 1960.II.11776, note G.-H. CAMERLYNCK.

(13) Cass. soc. 18 janvier 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 65; Inf. Chef d'Entr. 1962.780.

(14) Cass. soc. 23 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 168.

prise (15). S'il estime que les faits relevés constituent une « faute grave » il prononcera la résolution. La Cour de cassation vérifiera si les juges du fond en accueillant ou en repoussant la résolution ont tiré des faits souverainement constatés par eux les conséquences légales qui en découlent.

La jurisprudence estime, en général, que constituent une faute grave des faits qui rendent « intolérable » le maintien des relations contractuelles (16). Sont d'une telle nature l'insubordination du salarié, l'abandon injustifié du travail (17) ou encore la dissimulation au nouvel employeur d'une clause de non-concurrence (18).

Plusieurs fois, le juge relèvera des fautes graves justifiant la résolution du contrat de travail d'un délégué du personnel ou d'un membre du comité d'entreprise dans le comportement de ce dernier lors de l'accomplissement de ses fonctions.

Aussi, la résolution du contrat de travail d'un délégué du personnel et membre du comité d'entreprise sera justifiée au motif suivant : « en tenant (au cours d'une réunion du comité d'entreprise) à l'encontre de la direction des propos étrangers aux débats et dont le caractère injurieux, sinon diffamatoire, n'est pas contestable, l'intéressé a excédé ses droits de délégué et a pris une attitude hostile incompatible avec ses obligations découlant pour lui tant de son mandat que de son contrat de travail ». Cette attitude de l'intéressé rendait « impossible son maintien au sein de l'entreprise sans porter atteinte à l'autorité et à la discipline » (19).

Commet également une faute lourde justifiant la résolution judiciaire de son contrat de travail, le délégué du personnel qui, participant à un arrêt de travail accompagné de manifestations hostiles vis-à-vis des membres de la direction « s'est montré particulièrement violent, cherchant à ameuter le personnel et créant une atmosphère d'hostilité et de violence vis-à-vis du personnel dirigeant » (20). Dans cet ordre d'idées la jurisprudence a estimé que la présence des délégués lors de l'envahissement des bureaux de la direction par le personnel ne constitue pas par elle même une faute. Mais le comportement de ces délégués est fautif si, loin d'avoir eu une action apaisante, ils se sont employés à exciter les esprits, à provoquer les

(15) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 266.

(16) Cass. soc. 1er décembre 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 723; Inf. Chef d'Entr. 1966.718.

(17) Cass. soc. 25 mars 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 233.

(18) Cass. soc. 10 février 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 96.

(19) Cass. soc. 4 mai 1956, Bull. civ. 1956, IV, p. 307; Gaz. Pal. 1956.1.425; J.C.P. 1956.II.9422; Inf. Chef d'Entr. 1956.694.

(20) Cass. soc. 4 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 347.

ouvriers à manifester, à prendre vis-à-vis de la direction une attitude vexatoire et injurieuse (21).

Dans une autre espèce, les juges du fond avaient relevé qu'une grève avait été faite pour obtenir la réintégration d'un travailleur régulièrement congédié à la suite d'un refus d'obéissance et qui n'avait ni protesté ni exercé de recours en justice, mais avait demandé son compte. Les mêmes juges du fond avaient estimé que les délégués du personnel qui avaient déclenché cette grève avaient commis une faute lourde justifiant la résolution judiciaire de leur contrat de travail. La Cour suprême a confirmé leur décision (22). De même, constitue une faute grave justifiant la résolution de son contrat de travail, le refus obstiné d'un membre du comité d'entreprise de retirer du tableau d'affichage des communications syndicales un tract estimé injurieux et diffamatoire (23).

Le juge reste toutefois seul à apprécier si la gravité de la faute du salarié est suffisante pour justifier la résolution de son contrat de travail. S'il estime la gravité de ladite faute insuffisante ou la faute non établie, il refusera de prononcer la résolution du contrat.

Un employeur avait mis à pied un délégué du personnel en attendant qu'il intervienne une décision sur la demande en résolution du contrat dudit délégué. Les juges du fond avaient constaté que ce délégué avait commis une faute en mettant aux voix, ou en acceptant que soit mise aux voix, une motion demandant la réintégration forcée d'ouvriers licenciés. Ils ont néanmoins estimé que cette faute isolée, résultant d'une imprudence et non d'une rébellion contre l'employeur se trouvait suffisamment sanctionnée par la privation du salaire pendant la durée de mise à pied. Ils ont donc refusé de prononcer la résolution du contrat de travail. La Cour suprême a confirmé leur décision (24).

Dans une autre espèce un employeur avait demandé la résolution du contrat de travail d'un de ses salariés. Les juges du fond avaient constaté, d'une part, que si l'intéressé s'était absenté à plusieurs reprises, notamment pour se consacrer à une activité secondaire, son employeur ne s'y était pas opposé et avait régularisé ses absences en les compensant avec les congés payés, d'autre part, qu'il n'était pas démontré que les défauts de fabrication relevés étaient imputables à des malfaçons commises par ce salarié. Ils en ont donc déduit que cet employeur n'avait pas établi à l'encontre de son salarié, l'existence des fautes d'une gravité suffisante pour entraîner la

(21) Besançon, 28 mai 1963, J.C.P. 1963.II.13412, note H.G.

(22) Cass. soc. 8 janvier 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 14; Dr. soc. 1965.380.

(23) Cass. soc. 2 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 184; Inf. Chef d'Entr. 1960.1010.

(24) Cass. soc. 23 mai 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 421.

résolution judiciaire du contrat de travail. Ils ont été approuvés par la Cour suprême (25).

L'analyse de cette jurisprudence tend bien à établir, comme l'estime M. le professeur G. H. Camerlynck (26), une véritable identité entre la faute grave justifiant la résolution du contrat de travail et la faute grave justifiant le licenciement sans préavis. Dans ces deux cas « *on qualifiera de faute grave celle qui est de nature à rendre impossible le maintien des relations contractuelles* » (27).

La modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur peut conduire le juge à prononcer la résolution aux torts de ce dernier. Le tribunal appréciera si la modification était justifiée par le pouvoir de direction du chef d'entreprise. Cette justification paraît beaucoup plus difficile si le contrat de travail est à durée déterminée. Ainsi, lorsqu'une salariée, titulaire d'un contrat à durée déterminée, a vu ses attributions brutalement réduites dans des conditions marquant une disgrâce, la résolution du contrat peut être prononcée aux torts de l'employeur, même si ladite salariée a conservé son titre théorique et sa rémunération (28).

Il en est autrement lorsqu'il existe des clauses spéciales conventionnelles. La Cour suprême a estimé que compte tenu des dispositions de la convention collective des industries de l'ameublement du 6 décembre 1955, un arrêt prononce justement la résolution du contrat de travail d'un ouvrier ébéniste, membre d'un comité d'entreprise, dès lors que l'exécution dudit contrat était devenue impossible par suite de la suppression de l'emploi de l'intéressé et de son défaut d'acceptation des nouvelles fonctions dans le délai normal qui lui avait été imparti (29).

Ces solutions découlent du transfert, avec les adaptations nécessaires, des principes appliqués en cas de modification unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée sur le terrain de la résolution judiciaire.

Le juge qui prononce la résolution du contrat de travail a un autre devoir, celui de fixer la date à partir de laquelle la résolution prend effet. Cette fixation dépend beaucoup des circonstances particulières de la cause. C'est ainsi que comme date de résolution, peut être retenue soit celle des derniers faits reprochés au salarié (30)

(25) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 266.
(26) Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 278.
(27) G.-H. Camerlynck, *op.* et *loc. cit.*
(28) Cass. soc. 14 juin 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 441.
(29) Cass. soc. 12 novembre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 619.
(30) Cass. soc. 7 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 17.

soit la date du fait consécutif de l'inexécution fautive (31) soit, encore, la date de la demande en justice (32).

L'employeur qui demande la résolution judiciaire du contrat doit apporter la preuve de la faute grave du salarié (33). Mais quelles seront les conséquences du refus du juge de prononcer la résolution si l'employeur n'établit pas la faute grave du salarié? La réponse normale à cette question serait soit l'obligation de l'employeur de réintégrer le salarié en vertu de ses obligations contractuelles subsistant soit le versement des salaires puisque c'est l'employeur qui refuse la prestation du salarié.

La jurisprudence ne retient pas ces solutions mais elle s'en tient fermement à ses positions traditionnelles en la matière. Elle admet dans un arrêt du 25 mars 1966 (34) que la seule obligation résultant pour l'employeur de la décision de justice refusant de prononcer la résolution judiciaire du contrat de travail consiste en la réintégration de l'intéressé dans son emploi. Mais il ne s'agit là que d'une affirmation de principe puisque le même arrêt estime ensuite que cette obligation n'étant pas susceptibe d'être exécutée sans le concours du débiteur, elle n'est pas une obligation de donner mais une obligation de faire dont l'inexécution se résoud par des dommages-intérêts. L'arrêt reprend ici l'argumentation traditionnelle de la jurisprudence sur cette question. Il estime que l'employeur qui a refusé de réintégrer le salarié, n'est pas tenu de lui remettre des sommes représentant des salaires, faute par celui-ci d'avoir fourni un travail. Il considère donc mal fondée la demande tendant à obtenir *le paiement des salaires, en tant que tels, et non d'une indemnité.*

On peut répliquer à cette argumentation que si le salarié n'a pas fourni un travail, c'est bien à cause du refus de l'employeur d'exécuter ses propres obligations contractuelles. Par ailleurs, cette jurisprudence est à l'opposé des solutions des droits allemand et grec sur la question, qui considèrent en général que si l'employeur refuse illégalement d'accepter la prestation du salarié, il doit le versement du salaire à condition que le salarié ait effectivement *offert* d'exécuter son travail.

(31) Cass. soc. 23 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 158; D. 1957.466; Inf. Chef d'Entr. 1957.911.

(32) Cass. soc. 4 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 347; Paris, 5 juillet 1957, J.C.P. 1957.II.10250, note G.B.

(33) Cass. soc. 25 mars 1966, précité; G.-H. Camerlynck, *op. cit.*, p. 279.

(34) Bull. civ. 1966, IV, p. 270; Dr. soc. 1967.296, obs. J. Savatier.

B. — Droit allemand.

Le paragraphe 7 du Kündigungsschutzgesetz prévoit une procédure de résolution judiciaire de la relation de travail (Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Arbeitsgerichts) (35). Ce texte (36) dispose que si le tribunal constate que la relation du travail n'a pas cessé par le congédiement mais, néanmoins, qu'on ne peut pas exiger de la part du salarié la poursuite de la relation de travail, le juge peut, sur demande du salarié, prononcer la cessation de la relation de travail et imposer à l'employeur le paiement d'une indemnité. La même décision peut être prise sur la demande de l'employeur si ce dernier fonde sa demande sur des raisons qui ne permettent pas d'envisager une collaboration ultérieure avec son salarié pour la poursuite des buts à atteindre par l'entreprise. Cette demande de l'employeur doit être rejetée si le salarié prouve soit l'inexactitude, sur des points essentiels, des raisons invoquées par l'employeur soit que le congédiement a été fait d'une façon manifestement arbitraire ou pour des raisons nulles avec abus de sa position de force par l'employeur dans l'entreprise. Employeur et salarié peuvent introduire leur demande en résolution de la relation de travail jusqu'à la fin du dernier débat oral pendant l'instance d'appel.

Le juge doit fixer comme moment de la résolution de la relation de travail le moment où, à supposer que le congé ait été socialement justifié, cette relation prendrait fin.

Nous laisserons de côté la demande en résolution présentée par le salarié.

En réalité, les choses se passent, en Allemagne, de la façon suivante : l'employeur procède à un congédiement ordinaire et le

(35) Hueck, Klage und Urteil im Kündigungsschutzstreit, Festschrift für Nipperdey, 1955, p. 114 et s.; Crone, Gesetzwidrige Kündigungen und richterliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, RdA, 1952, p. 244 et s.; Steinbichler, Die Abfindung nach § 7 KschG, thèse, Cologne, 1962.

(36) Stellt das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat auf seinen Antrag das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung zu verurteilen. Die gleiche Entscheidung hat das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers zu treffen, wenn er die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen verlangt, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht erwarten lassen. Der Antrag des Arbeitgebers ist jedoch abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer die Unrichtigkeit dieser Gründe in wesentlichen Punkten beweist oder wenn die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Missbrauch der Machtstellung des Arbeitgebers im Betrieb erfolgt ist. Arbeitnehmer und Arbeitgeber können den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz stellen.

Das Arbeitsgericht hat für dis Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzusetzen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte.

salarié engage son action fondée sur le paragraphe 3 KSchG visant à faire reconnaître que la relation de travail n'a pas cessée, le congé donné étant antisocial. L'employeur résistera à cette action en invoquant et en prouvant que le congé par lui donné était socialement justifié. Mais il formulera une *demande subsidiaire* en résolution pour le cas où le juge déclarerait le congé antisocial et, par conséquent, que la relation de travail subsiste. Théoriquement, il serait possible que l'employeur ne conteste pas le caractère antisocial du congé mais demande seulement la résolution de la relation de travail. Toutefois, cette dernière attitude ne présenterait aucun intérêt pour lui car il devrait alors payer, en tout état de cause, l'indemnité du paragraphe 8 KSchG dont le versement est obligatoire en cas de résolution judiciaire (37). Au contraire, s'il arrive à prouver le caractère socialement justifié du congé, il obtient la cessation de la relation de travail tout en échappant au paiement de ladite indemnité.

Un arrêt prononçant la résolution ne peut intervenir que si le congédiement donné par l'employeur est qualifié d'antisocial. Bien entendu, si le congédiement est socialement justifié, la relation de travail prend normalement fin et il n'est pas besoin qu'une résolution judiciaire intervienne. L'employeur peut présenter la demande en résolution comme une demande subsidiaire dans le cas où le tribunal aurait accueilli l'action du salarié et déclaré le licenciement antisocial.

Par ailleurs la demande en résolution de l'employeur ne peut être examinée si le congé est inefficace non en raison de son caractère antisocial mais pour une autre raison, par exemple vice de volonté (38). Pour l'employeur, la possibilité de résolution est ouverte seulement si le congédiement est déclaré antisocial et non s'il est entaché d'autres vices.

L'employeur doit prouver le bien-fondé de sa demande. Il doit établir les éléments prouvant qu'on ne peut plus attendre une collaboration normale avec le salarié en vue d'atteindre les buts de l'entreprise. De tels éléments peuvent résulter soit de l'activité soit du comportement du salarié et en particulier de ses rapports avec ses collègues ou de son aptitude à exécuter les tâches à lui confiées. *Une faute du salarié n'est pas nécessaire. Il suffit que la situation objective justifie le bien-fondé des appréhensions de l'employeur quant à sa collaboration future avec le salarié* (39). Pour apporter cette preuve, il ne suffit pas à l'employeur d'établir d'une façon générale que les fondements des rapports de confiance n'existent plus ou qu'il y a un désaccord complet entre lui et le salarié. *Il*

(37) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 7, n° 5, p. 135.
(38) Hueck, *op. et loc. cit.*
(39) Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 787.

doit apporter la preuve de faits concrets car, autrement, la possibilité d'une preuve contraire apportée par le salarié serait exclue (40). Les faits peuvent être postérieurs au congé. Cette solution est juste car *le juge doit apprécier la possibilité d'une collaboration future au moment où il arrête sa décision et il doit prendre en considération des événements qui sont survenus après le congé.*

Il faut signaler que *le caractère antisocial du congé est apprécié au moment où celui-ci a été donné, tandis que le bien-fondé de la demande en résolution formulée par l'employeur est apprécié au moment de la décision* (41).

En effet, le juge ne contrôle pas ici le caractère antisocial ou non du congé, car la condition de l'examen de la demande en résolution est bien que le congé donné soit qualifié d'antisocial. Pour cette raison, des faits qui ne justifient pas socialement le congédiement peuvent fonder la demande en résolution; le juge peut accorder en compensation une indemnité au salarié (42).

Le juge doit apprécier si les faits établis par l'employeur sont de nature à compromettre gravement la collaboration future avec le salarié en vue d'atteindre les buts de l'entreprise (43).

Le salarié peut s'opposer à la demande en résolution présentée par l'employeur de deux manières :

a) *Il peut tout d'abord prouver l'inexactitude des faits invoqués par l'employeur.* D'après le texte du paragraphe 7 KSchG, il suffit pour le salarié de prouver l'inexactitude de ces faits dans leurs « points essentiels » (in wesentlichen Punkten).

La doctrine, analysant cette disposition, définit les « points essentiels » comme ceux qui subsistent lorsque les autres faits invoqués par l'employeur, et dont l'inexactitude n'a pas été prouvée par le salarié, sont insuffisants à eux seuls pour fonder l'improbabilité d'une collaboration future utile aux buts que s'est donnée l'entreprise (44).

b) D'autre part, le salarié peut, *en vue de faire rejeter la demande en résolution de l'employeur, faire valoir que le congédiement a été effectué d'une façon manifestement arbitraire ou pour des raisons nulles avec abus de position dominante par l'employeur en tant que chef de l'entreprise.* La preuve incombe au salarié.

(40) Hueck, *op. cit.* n° 8, p. 138, et la jurisprudence citée.
(41) Hueck, *op. cit.*, p. 139, et la jurisprudence citée.
(42) Nikisch, *op.* et *loc. cit.*
(43) Hueck, *op. cit.* n° 8*a*, p. 139, avec des références en doctrine et en jurisprudence.
(44) Von wesentlichen Punkten wird man dann sprechen können, wenn die verbleibenden Behauptungen des Arbeitgebers, deren Unrichtigkeit nicht dargetan ist, für sich allein nicht genügen, um die Unwahrscheinlichkeit einer weiteren zweckdienlichen Zusammenarbeit zu begründen. Hueck, *op. cit.*, n° 9, p. 139.

Ici, en général, la résolution du contrat est refusée car les circonstances du congédiement lui confèrent un caractère gravement inéquitable. Le juge refusera de résilier le contrat de travail, même si l'employeur a déjà apporté la preuve de l'impossibilité de continuer une collaboration utile à l'entreprise avec le salarié.

Le juge interprétera les notions qui sont contenues dans cette disposition du paragraphe 7 KSchG. Il doit notamment donner un contenu concret à la notion de congé prononcé d'une façon « manifestement arbitraire » ou pour des raisons qui sont nulles ou, encore, déterminer quand le congé est effectué avec abus de position dominante par l'employeur en tant que chef de l'entreprise.

La doctrine et la jurisprudence (45) estiment que la notion de congé prononcé d'une façon *manifestement arbitraire* se décompose en deux éléments. En premier lieu, *un élément objectif,* à savoir le caractère *manifeste* de la façon autoritaire avec laquelle le congédiement a été prononcé. C'est le cas lorsque l'employeur a prononcé le congédiement sans invoquer aucun motif valable. Il n'est pas exigé que la façon autoritaire soit perceptible par tout le monde. Il suffit qu'elle ne soit pas contestable pour tout citoyen jugeant avec compréhension.

L'*élément subjectif* est le caractère *autoritaire* avec lequel le licenciement a été prononcé. Ce caractère existe si l'employeur a procédé au congédiement à la légère et sans examiner sérieusement la situation. *Cet élément se rapproche de la notion de « légèreté blâmable » utilisée par la jurisprudence française.*

Le salarié peut s'opposer à la demande de résolution en apportant la preuve que le congé a été donné pour des raisons nulles. C'est le cas lorsque l'employeur a simplement allégué certains motifs pour couvrir le caractère autoritaire de son action (46). Par exemple, un employeur a congédié un salarié pour avoir réclamé son salaire ou pour avoir présenté d'autres revendications justifiées.

Enfin, la doctrine estime que l'employeur abuse de sa position dominante en tant que chef d'entreprise s'il fait perdre au salarié son poste de travail sans motifs suffisants (47).

La demande en résolution de l'employeur ne peut conduire le juge qu'à l'une des trois solutions suivantes :

a) Le juge estime le congédiement socialement justifié. En ce cas, il écarte sans aucun autre examen la demande en résolution. En effet, la condition essentielle de cette dernière est que le congé soit

(45) Hueck, *op. cit.*, n° 11, p. 140.
(46) Hueck, *op. cit.*, n° 12, p. 141, et la jurisprudence citée.
(47) Hueck, *op. cit.*, n° 13, p. 141.

déclaré antisocial. Faute de cette condition, la demande en résolution doit être écartée.

b) Le juge estime que le congédiement est certes antisocial mais que les conditions de la demande en résolution ne sont pas réunies. Après une telle appréciation, le juge doit, d'une part, constater que la relation de travail subsiste et, d'autre part, rejeter la demande en résolution. La relation de travail subsiste et chaque partie doit, en conséquence, exécuter les obligations qui en découlent.

Toutefois, si les deux parties ont formulé une demande en résolution, le juge est obligé de mettre fin à la relation de travail même s'il reconnaît un caractère antisocial au congédiement (48). Cette solution est identique à celle adoptée par la jurisprudence française (49).

c) Le juge estime que le congédiement est antisocial mais la demande en résolution fondée. En ce cas, il doit, d'une part, mettre fin à la relation de travail et, d'autre part, déterminer le montant de l'indemnité que l'employeur doit verser au salarié. Le juge doit, par ailleurs, fixer le moment où la relation de travail a pris fin. Il doit situer la cessation au moment où la relation aurait pris fin si le congé n'avait pas été antisocial. En général, ce moment est celui où le congé a été donné (50).

Le tribunal doit fixer l'indemnité qui accompagne la résolution même si le salarié n'a pas formulé une demande spéciale au cours de l'instance. L'importance de cette indemnité est déterminée par le paragraphe 8 KSchG.

Cette disposition énonce que le montant de l'indemnité peut atteindre une somme équivalente à douze mensualités. Par « mensualité » on entend la rémunération, en espèce et en nature, que le salarié aurait reçue pendant le mois au cours duquel la relation de travail a été résolue, s'il avait accompli son travail pendant le temps en usage dans l'entreprise.

Nous constatons donc qu'un large pouvoir d'appréciation est laissé au juge quant à la fixation de l'indemnité. Il peut accorder au salarié une somme atteignant jusqu'à douze mensualités. Toutefois, la deuxième partie du paragraphe 8 KSchG, fournit au juge les éléments dont il doit tenir compte pour la fixation de la somme exacte qui sera allouée au salarié à titre d'indemnité.

Le juge doit, à cette fin, tenir compte en particulier de l'ancienneté du salarié ainsi que de la situation économique, tant du salarié que de l'employeur.

(48) Hueck, *op. cit.*, n° 16, p. 142.
(49) Cass. soc. 15 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 490.
(50) Hueck, *op. cit.*, n° 18, p. 143.

Le paragraphe 8 KSchG fournit donc au juge un pouvoir assez large quant à la détermination de la somme due au salarié à titre d'indemnité. Il pose également plusieurs problèmes que le juge doit résoudre.

Tout d'abord il faut déterminer la base de calcul de l'indemnité que le paragraphe 8 KSchG désigne par l'expression *Monatsverdienst*. Il s'agit ici de la somme formée par tout ce que le salarié a gagné pendant le dernier mois, à supposer que la durée du travail ait été celle en usage dans l'entreprise. Les heures supplémentaires n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul de cette rémunération de base non plus que les interruptions de travail pour cause de maladie, de congé ou de fermeture temporaire de l'entreprise. On suppose que le salarié a travaillé, pendant toute la durée du mois, le temps qui est usuel dans l'entreprise (51).

L'importance du contrôle judiciaire résulte ici du fait que le juge a un large pouvoir en vue d'adapter l'importance de l'indemnité aux circonstances particulières de chaque cas concret. Les critères de l'ancienneté du salarié et de la situation économique des deux parties, qui sont rappelés par le paragraphe 8 KSchG, révèlent les préoccupations du législateur allemand à ce sujet.

La résolution judiciaire du contrat de travail en France ressemble sur un point essentiel à la même technique utilisée en Allemagne. Dans les deux pays, *elle peut intervenir lorsque la collaboration entre le salarié et son employeur est gravement compromise.* Mais, tandis que le droit français exige que cette circonstance soit due à la faute du salarié, le droit allemand n'exige pas une telle imputation. Il se contente du seul fait que la continuation de la collaboration entre salarié et employeur soit gravement compromise. Par ailleurs, le juge allemand est toujours obligé, lorsqu'il prononce la résolution, d'allouer au salarié une indemnité dont le paragraphe 8 KSchG fixe la limite maximum et fournit au juge les critères à observer pour déterminer son importance.

Une autre différence se situe sur le terrain de la procédure. En France, l'employeur peut demander la résolution du contrat de travail en formulant une demande soit directe soit reconventionnelle. En Allemagne, une telle demande de l'employeur n'est, en pratique, que subsidiaire (Eventualantrag).

(51) Hueck, *op. cit.*, § 8, n° 3, p. 147.

Sous-section 2.

LA FAUTE GRAVE PRIVATIVE DU PREAVIS

Nous avons adopté comme critère de distinction du licenciement sanctionnateur, en France, la faute grave privative du préavis. En Allemagne et en Grèce, le licenciement sanctionnateur est fondé sur l'existence d'une « cause sérieuse ».

Il convient tout d'abord de souligner qu'il ne faut pas entendre le licenciement sanctionnateur comme un licenciement disciplinaire. Ce dernier est une notion restreinte. Le licenciement d'un salarié à titre disciplinaire fait partie d'une échelle des sanctions que l'employeur peut infliger, en vertu de son pouvoir disciplinaire, en tant que chef d'entreprise. Elle est certes la sanction la plus grave. Mais ce licenciement disciplinaire vise surtout à préserver l'ordre et la discipline dans l'entreprise.

Le licenciement sanctionnateur est, par contre, une notion plus large. L'employeur qui procède à un licenciement sanctionnateur *n'agit pas toujours* à titre disciplinaire. Il peut licencier un salarié sans préavis si ce dernier, par son comportement, a rendu impossible la poursuite de sa collaboration au sein de l'entreprise. *Ce comportement ne doit pas nécessairement être une faute au sens disciplinaire du terme.* Par contre, une faute disciplinaire peut être d'une gravité moindre par rapport à la faute qui peut priver le salarié de son préavis légal.

Autrement dit, *la faute disciplinaire peut faire partie de la notion de faute grave privative du préavis si elle revêt un caractère de gravité suffisant. Mais elle ne recouvre pas toute l'étendue de cette notion.* Par conséquent, le contrôle judiciaire concernant la notion de faute grave privative du préavis ne se confond point avec le contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise.

Le problème du contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur, dont l'importance considérable devient de plus en plus manifeste dans l'entreprise contemporaine, dépasse largement notre sujet. Toutefois, le contrôle judiciaire du licenciement sans préavis est un aspect du contrôle judiciaire de ce pouvoir disciplinaire. Il existe d'autres aspects : le contrôle par le juge de différentes mesures disciplinaires, autres que le licenciement, prises par le chef d'entreprise.

Déjà M. le professeur G. H. Camerlynck (52) a signalé combien est délicate une distinction entre le renvoi-sanction et le licenciement en vertu du droit de résiliation unilatérale.

En effet, dans les pays où prévaut le principe du libre exercice de la faculté de licenciement, l'employeur peut procéder librement au congédiement en se situant sur le terrain contractuel. Il justifiera le licenciement par les nécessités économiques et techniques de son entreprise plutôt que par la faute disciplinaire du salarié. Par ailleurs, la jurisprudence se refuse généralement à contrôler d'une manière étroite l'exercice du pouvoir disciplinaire de la part de l'employeur. Elle se réserve seulement un contrôle de légalité fondé sur la notion publiciste de détournement de pouvoir (53). La Cour suprême refuse en outre au juge du fond d'apprécier la proportionnalité de la sanction à la faute commise sauf en cas de faute qualifiée (54). Elle estime, dans une récente décision que « l'employeur est seul juge de l'opportunité d'exercer son pouvoir disciplinaire » (55).

On s'aperçoit alors qu'on est loin de l'acceptation du licenciement disciplinaire *en tant que notion distincte ayant ses propres règles juridiques et son contrôle judiciaire approprié* (56).

Dans la suite de notre travail, nous nous limiterons à l'examen de la conception jurisprudentielle de la faute privative du préavis en France et de la notion de « cause sérieuse » justificative du licenciement extraordinaire en Allemagne et en Grèce.

I. La notion de faute grave du salarié n'est pas absolument claire en jurisprudence. En effet, la faute grave entraîne pour le salarié auquel elle est imputable des conséquences considérables : la perte de l'indemnité de préavis, de l'indemnité de licenciement, ou de clientèle s'il s'agit d'un V.R.P., ainsi que de l'indemnité compensatrice des congés payés.

(52) Le règlement des différends touchant l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, y compris le renvoi, Dr. soc. 1964.85.

(53) Cass. soc. 6 novembre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 867; Gaz. Pal. 1960.1.7; J.C.P. 1960.II.11477; Inf. Chef d'Entr. 1960.784; Dr. soc. 1960.95; 15 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 844; D. 1962.306; J.C.P. 1962.II.12507 note R.L.; 28 février 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 171; Gaz. Pal. 1962.1.266; 10 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 177; D. 1965.550 note G. Lyon-Caen; 25 mai 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 329; 22 février 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 140.

(54) Cass. soc. 10 avril 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 376; 6 novembre 1959, précité; 15 décembre 1961, précité; 28 février 1962, précité; 8 février 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 122; J.C.P. 1962.II.12607.

(55) Cass. soc. 31 mai 1967, Bull. civ. 1968, IV, p. 359.

(56) G. Lyon-Caen, note précitée; adde, du même auteur, De l'étendue du contrôle des tribunaux dans le droit disciplinaire du travail, Rec. gén. lois 1960, p. 37.

Un sérieux problème s'est posé, celui de l'unicité ou de la relativité de la notion de « faute grave ». Aujourd'hui encore, il n'existe pas de réponse claire et précise sur ce point.

La doctrine est favorable à l'unicité de la notion de faute grave du salarié en matière de rapports individuels de travail (57). Une telle solution présente le mérite incontestable de la souplesse et de la sécurité dans les relations des parties, au moment de la rupture du contrat de travail.

La jurisprudence n'est pas unanime sur ce point. La tendance générale va vers une conception unitaire de la notion de faute grave. Apparaît comme une faute de ce type celle qui, en révélant l'incapacité ou l'incurie du salarié, interdit de le maintenir à son poste dans l'entreprise même pendant la durée du préavis. Dès que les faits établis revêtent ce caractère, la jurisprudence refuse, en général, au salarié les indemnités de préavis, de licenciement, de clientèle et de congés payés.

Ainsi la Cour suprême a refusé, pour le même fait qualifié de faute grave, les indemnités de préavis et de congés payés (58). De même, un seul fait qualifié de faute grave a fait perdre au salarié les indemnités de préavis et de congédiement (59) ou les indemnités de préavis et de clientèle (60) ou, encore, les indemnités de préavis, de clientèle et de congés payés (61).

La Cour de cassation a même cassé un arrêt qui, tout en refusant à un salarié l'indemnité de préavis, lui avait accordé l'indemnité compensatrice de congés payés. Elle a considéré qu'en l'espèce le comportement de l'intéressé présentait également le caractère d'une faute grave privative de cette dernière indemnité (62). La Cour suprême avait également considéré qu'un jugement refusant au salarié le bénéfice du délai-congé pour avoir commis une faute grave ne peut, sans contradiction, lui accorder l'indemnité de licenciement (63).

(57) G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, pp. 35 et 170; G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 147, p. 134, note 1; J. Savatier, note sous Bordeaux 18 février 1963, Dr. soc. 1964.38.

(58) Cass. soc. 29 octobre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 627; Gaz. Pal. 1963.1.58; 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 105; 19 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 808.

(59) Cass. soc. 13 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 572; 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 103.

(60) Cass. soc. 16 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 250.

(61) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 272.

(62) Cass. civ. 28 mars 1966, Bull. civ .1966, IV, p. 277.

(63) Cass. soc. 17 décembre 1953, Bull. civ. 1953, IV, p. 583; voir également la jurisprudence citée *in* G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 36.

Toutefois, malgré cette tendance générale vers une conception unitaire de la notion de faute grave du salarié, la jurisprudence nous fournit des exemples où elle adopte une conception relative de cette faute grave.

Des ouvriers avaient brusquement quitté, sans autorisation, leur travail pour aller prendre part à une manifestation ne concernant en aucune façon leurs intérêts professionnels. Les juges du fond avaient considéré cette faute assez grave pour s'opposer à ce qu'ils reçoivent « des indemnités quelconques en raison de leur licenciement ». Ils avaient cependant considéré que cette faute ne les privait pas de l'indemnité de congés payés correspondant à leur temps de présence à l'usine. La Cour suprême a approuvé cette décision (64).

Dans une autre espèce un représentant de commerce avait grossièrement injurié, au cours d'une réunion professionnelle, un autre représentant qui venait d'être promu inspecteur des ventes. La Cour de cassation a estimé que ce comportement de l'intéressé avait jeté le trouble parmi les représentants ainsi que chez les dirigeants de l'entreprise. Le licenciement sans préavis de l'intéressé était donc justifié. Néanmoins, la Cour suprême a approuvé les juges du fond qui avaient estimé que cette faute n'était pas suffisamment grave pour priver le représentant du bénéfice de l'indemnité de clientèle (65).

Dans une troisième espèce, la Cour de Bordeaux a voulu dresser une échelle subtile des fautes du salarié. Tout d'abord la la faute légère qui justifie le congédiement et lui enlève tout caractère abusif. Ensuite, la faute « suffisamment grave » entraînant la privation du préavis à l'encontre du salarié licencié. En troisième lieu, la « faute lourde » qui, revêtant un caractère de gravité encore plus important, fait perdre au salarié le bénéfice de l'indemnité compensatrice de congés payés. Enfin, la faute « particulièrement lourde » qui prive le salarié de l'indemnité de licenciement (66).

Cette distinction de la Cour de Bordeaux ne correspond pas à la réalité jurisprudentielle. Tout d'abord, il n'est pas sûr que la faute privative de l'indemnité de licenciement doive être plus grave que celle privative de l'indemnité de congés payés. La jurisprudence adopte parfois une attitude inverse. Elle exige une faute plus grave pour priver le salarié de son indemnité de congés payés que pour le priver de son indemnité de licenciement.

(64) Cass. soc. 16 mars 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 332; Inf. Chef d'Entr. 1960.786.

(65) Cass. soc. 14 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 917; J.C.P. 1961.II. 12307, note G.-H. Camerlynck.

(66) Bordeaux, 18 février 1963, D. 1963.574; Dr. soc. 1964.37, obs. J. Savatier.

Mais la doctrine a contesté à juste titre l'utilité d'une telle distinction (67) qui va à l'encontre de l'exigence de souplesse et de sécurité des solutions juridiques au moment de la rupture du contrat de travail.

L'idée de relativité de la notion de faute grave a toutefois un avantage considérable : celui d'adapter d'une façon plus équitable les sanctions juridiques au comportement fautif du salarié. Il est incontestable que les diverses indemnités de rupture du contrat de travail ont chacune leur propre nature et visent à répondre à des besoins qui ne sont pas toujours identiques. Mais ces différences justifient-elles le morcellement de la notion de faute grave avec toutes les complications et tous les inconvénients qui en découlent?

Nous ne le pensons pas. Tout d'abord il y a une objection d'ordre théorique, à savoir que la faute grave a toujours été une notion juridique dépourvue de distinction interne et elle le reste en dehors du droit du travail. Mais la réalité nécessite-t-elle un tel morcellement? Il faudrait pour cela que la privation de chacune des indemnités de rupture soit une sanction d'une gravité différente pour le salarié intéressé. Il faudrait en outre que cette différence de gravité soit considérable. Or, si l'indemnité de préavis est parfois moins importante financièrement que l'indemnité de congés payés ou l'indemnité de licenciement, elle ne présente pas un intérêt moindre pour le salarié car sa privation le laisse sans ressources pendant le temps, plus ou moins grand, de la recherche d'un nouvel emploi. En général, la privation de l'une ou l'autre de ces indemnités constitue une sanction d'une gravité analogue pour le salarié ou, tout au moins, la différence qui existe ne justifie pas une construction juridique lourde et compliquée qui, en plus, est difficilement applicable à la réalité. En cette matière, la souplesse, la rapidité, et la sécurité des solutions sont des avantages tant pour le salarié que pour l'employeur. La jurisprudence adopte, dans la grande majorité des cas, une position favorable à l'unicité de la notion de faute grave. Si elle qualifie le comportement du salarié de gravement fautif, elle le prive des indemnités de rupture en général.

Il appartient à la jurisprudence de donner un contenu concret à la notion juridique de faute grave. Les juges du fond apprécieront la matérialité des faits qui sont imputés au salarié. Sur ce point, ils jugent souverainement. Toutefois, la qualification des faits ainsi établis comme constitutifs de la notion de faute grave est soumise au contrôle de la Cour de cassation.

La Cour suprême estime que l'article 23 du livre I[er] du Code du travail est d'ordre public. Elle considère dès lors qu'il appartient aux

(67) J. SAVATIER, note précitée.

juges du fond, non seulement de constater la réalité des faits, mais encore *d'apprécier si le caractère de gravité que leur attribuent l'employeur, la convention collective ou le règlement intérieur ne tend pas à faire échec aux prescriptions impératives de la loi.*

La Cour de cassation a formulé ces appréciations à l'occasion de l'espèce suivante. Un visiteur médical utilisait, pour rentrer à son domicile, le véhicule mis à sa disposition pour l'exercice exclusif de sa profession. Cet agissement était qualifié par le contrat de faute grave devant entraîner la rupture immédiate. Les juges du fond, malgré cette clause expresse du contrat, n'avaient pas considéré le comportement du visiteur comme une faute susceptible d'entraîner la privation des indemnités de préavis et de licenciement. Cette décision a été approuvée par la Cour de cassation (68).

Une conception analogue a inspiré la Cour de cassation dans son arrêt du 4 juillet 1966 (69). Un ouvrier ancien avait été congédié sur-le-champ pour avoir injurié un contremaître. Les juges du fond avaient estimé que ce fait constituait une faute envisagée par le règlement intérieur de l'entreprise qui prévoyait, comme sanction la plus grave pour les manquements à la discipline, le congédiement. Ils avaient néanmoins estimé que, cette sanction étant le licenciement et non le licenciement sans préavis, l'employeur ne pouvait infliger cette dernière sanction que si des fautes plus graves que celles prévues par le règlement intérieur étaient établies ou si les faits avaient été accompagnés de circonstances aggravantes. Ils fondaient ce raisonnement sur l'appréciation que les dispositions du règlement intérieur doivent être interprétées restrictivement. Ils avaient donc accordé au salarié l'indemnité de préavis car l'employeur n'avait pas rapporté la preuve de telles fautes ou de circonstances aggravantes.

Ce raisonnement a été rejeté par la Cour de cassation. Elle a énoncé que « la sanction de congédiement prévue par le règlement intérieur n'excluait pas nécessairement la suppression du préavis, la disposition d'ordre public de l'article 23 du livre I^er^ du Code du travail permettant le renvoi immédiat en cas de faute grave du salarié ». Les juges du fond auraient dès lors dû « préciser la nature des fautes commises » et « rechercher si elles présentaient, sans référence à un règlement, un caractère de gravité tel qu'elles devaient entraîner la suppression du préavis ». Dans l'esprit de la Cour de cassation, *la notion de faute grave du salarié ne peut être influencée dans son contenu par telle ou telle clause d'un règlement intérieur ou d'un contrat individuel.* D'autre part, la Cour suprême a estimé que *la clause d'un contrat prévoyant que certaines fautes entraînent*

(68) Cass. soc. 23 avril 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 415.
(69) Bull. civ. 1966, IV, p. 558.

la rupture du contrat sans indemnité de préavis ni de clientèle, ne s'impose pas aux juges du fond, tenus d'apprécier la gravité desdites fautes (70). Le juge est donc fondé à changer la qualification donnée à un fait par le contrat ou le règlement intérieur. Le salarié est ainsi protégé contre les dispositions excessivement sévères figurant dans ces sources juridiques (71). Dans cette optique se situe une récente décision de la Cour de cassation (72). La Cour suprême a estimé, à l'occasion de cette espèce, que « l'appréciation des fautes imputées à un représentant statutaire comme privatives d'indemnités légales incombe, en cas de contestation, aux juridictions contentieuses » et que les parties ne peuvent diminuer conventionnellement la portée des dispositions d'ordre public relative aux indemnités légales. La Cour suprême a donc refusé de qualifier de fautes graves certains faits considérés comme tels par le contrat dudit représentant.

Cette position jurisprudentielle témoigne également de sa tendance à adopter une conception unitaire de la notion de faute grave. Cette notion ne doit pas être altérée par des stipulations conventionnelles; tel est le sens de cette jurisprudence.

Par ailleurs, la jurisprudence estime que le licenciement sanctionnateur doit suivre de près la faute du salarié. L'employeur qui ne l'a pas estimé assez grave pour entraîner un renvoi immédiat, ne peut rompre ultérieurement le contrat sans respecter le délai de préavis (73) ou sans payer l'indemnité de licenciement (74).

En outre, la faute grave du salarié doit entraîner la perte de la totalité de l'indemnité de préavis. Les juges du fond ne peuvent donc décider, d'une part, que la faute reprochée à un salarié n'était pas assez grave pour le priver de l'indemnité de préavis et, d'autre part, que la gravité de cette faute était suffisante pour entraîner la suppression partielle de cette indemnité (75). Il s'agit encore ici d'un témoignage de la conception unitaire de la faute grave du salarié qui est généralement adoptée par la jurisprudence.

La faute grave peut priver le salarié de l'indemnité de préavis même quand elle est commise au cours du délai-congé. En ce cas, l'intéressé est privé de la partie du préavis restant à courir au moment de la faute. Un jugement qui avait décidé qu'en ce cas l'employeur doit payer l'indemnité de préavis pour la période restant à courir

(70) Cass. soc. 4 avril 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 273.
(71) A. Brun, La jurisprudence en droit du travail, 1967, p. 294.
(72) Cass. soc. 8 mars 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 177.
(73) Cass. soc. 13 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, n° 55, p. 47; 12 janvier 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 34.
(74) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 263.
(75) Cass. soc. 23 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 357; 24 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 745; 31 mai 1967, Dr. soc. 1967.506, obs. J. Savatier.

au motif que cette faute grave a été commise postérieurement à la rupture du contrat et au congédiement initial a été censuré par la Cour de cassation (76). Cette solution découle du principe que le contrat de travail se poursuit, avec les mêmes obligations, jusqu'à la fin du délai de préavis. La même solution est adoptée si la faute grave est commise au cours du préavis donné par un salarié démissionnaire (77).

La faute grave doit être connue de l'employeur au moment où il prononce le congédiement. Car ce dernier doit être provoqué par l'existence de cette faute grave pour entraîner la perte, pour le salarié, des diverses indemnités de rupture. Lorsqu'il résulte des constatations des juges que la faute grave n'était pas connue de l'employeur au moment du congédiement, celui-ci doit verser les indemnités (78).

Mais si l'employeur apprend, au cours du délai de préavis, que le salarié avait commis antérieurement une faute grave qui lui était inconnue au moment où il a notifié son congé, il peut dès lors procéder à un licenciement immédiat. Car, estime la Cour de cassation, l'employeur qui fait exécuter un préavis à un salarié licencié n'abandonne pas implicitement toute sanction pour les agissements antérieurs de ce salarié (79).

La jurisprudence considère par ailleurs, que l'employeur qui, malgré les fautes graves du salarié, lui verse l'indemnité de licenciement n'entend pas reconnaître l'absence de faute grave si, en même temps, ce versement avait un caractère bénévole et non obligatoire (80). De même, la Cour suprême a estimé qu'un employeur qui verse l'indemnité de préavis ne renonce pas à se prévaloir de la faute grave du salarié pour faire repousser sa demande en paiement de l'indemnité de licenciement (81). L'étude approfondie de cette question, liée au problème de la renonciation de l'employeur, nous écarterait de notre sujet.

II. Comment la notion de faute grave est-elle conçue? Il n'est pas toujours aisé de déterminer son contenu exact. Celui-ci est discuté et débattu depuis l'époque où les problèmes juridiques ont commencé

(76) Cass. soc. 14 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 507; D. 1961.610; J.C.P. 1962.II.12422, 1re espèce, obs. G.B.; adde, 25 janvier 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 60; 8 mai 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 310.

(77) Cass. soc. 14 octobre 1954, J.C.P. 1955.II.8595, 1re espèce; 13 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, n° 56, p. 47.

(78) Cass. soc. 21 octobre 1955, Bull. civ. 1955, IV, p. 563; Inf. Chef d'Entr. 1956.132; 3 octobre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 560.

(79) Cass. soc. 16 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 516; J.C.P. 1962.II.12422, 2e espèce, note G.B.; Inf. Chef d'Entr. 1961.861.

(80) Cass. soc. 20 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 140.

(81) Cass. soc. 5 juin 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 548; J.C.P. 1959.II.11325, note G.-H. Camerlynck.

à préoccuper sérieusement la société. Nous n'essaierons pas d'étudier le problème sous son angle théorique. Ce qui nous préoccupera ici sera le contenu réel de cette notion en matière de contrat de travail et, plus spécialement, en matière de rupture de ce contrat.

Le contenu réel de la notion de faute grave évolue dans le temps. Car l'évolution scientifique et technique, modifiant rapidement la vie dans l'entreprise moderne, remet toujours en question l'appréciation de tel ou tel acte ou comportement du salarié. Une simple négligence qui, dans le passé, n'était pas considérée comme une faute grave du salarié peut aujourd'hui l'être si elle est commise dans une entreprise automatisée où les conséquences d'une telle négligence peuvent entraîner de sérieux préjudices pour l'entreprise. Autrement dit, l'entreprise moderne nécessitant un niveau d'attention et de vigilance intellectuelle accru a pour conséquence d'élargir le contenu réel de la notion de faute grave. Par contre, ce contexte peut expliquer certains comportements du salarié qui jadis lui étaient imputés comme faute grave tandis qu'aujourd'hui ils sont envisagés avec plus d'équité en raison de la tension nerveuse et intellectuelle que provoque pour le salarié le travail contemporain.

Est généralement considérée comme une faute grave du salarié « celle qui, en révélant l'incapacité ou l'incurie du travailleur, interdit de le maintenir à son poste dans l'entreprise même pendant la durée limitée du préavis » (82).

De cette définition, il ressort que *la notion de faute grave est composée d'éléments tant subjectifs qu'objectifs. L'incapacité ou l'incurie du travailleur sont des éléments subjectifs* tandis que *le risque pour l'entreprise résultant du comportement du salarié est l'élément objectif.* En plus, *il faut qu'un lien de cause à effet existe entre ces deux éléments.* Dans l'appréciation faite par les tribunaux, il n'existe pas toujours un équilibre entre ces deux éléments. Parfois, l'aspect subjectif est déterminant dans l'appréciation des juges; dans d'autres espèces, la prépondérance appartient à l'élément objectif.

La jurisprudence reconnaît ainsi que l'appréciation de la faute ne doit pas être identique vis-à-vis d'un salarié en bon état de santé et pleinement conscient de ses obligations et vis-à-vis d'un autre salarié titulaire d'une invalidité de 65 % et traumatisé par surcroît à la tête (83). Ainsi, les termes injurieux employés par un représentant de commerce, de même que les extravagances qu'il a commises ne constituent pas une faute grave à sa charge lorsqu'ils sont dus à sa

(82) G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 2e éd. 1967, n° 147, p. 133.

(83) Paris, 2 mars 1963, J.C.P. 1963.II.13140.

maladie mentale (84). La même attitude est adoptée vis-à-vis d'un représentant *peu instruit* qui ne s'était pas rendu compte de l'infraction qu'il commettait en acceptant pour son employeur un chèque postal antidaté dans le but de recouvrer une créance difficile (85).

La Cour suprême estime, d'autre part, que la notion de faute grave ne comporte pas nécessairement l'existence d'un élément intentionnel. Elle décide, par conséquent, que la communication à un client d'une note strictement confidentielle et concernant son insolvabilité, ne saurait être tenue pour une simple imprudence de la part du représentant mais bien considérée comme une faute grave. Elle a donc cassé le jugement qui avait cherché à déterminer si le représentant avait, en l'occurence, agi par imprudence ou avec intention délibérée (86). Ici l'élément objectif est prépondérant dans l'appréciation de la Cour de cassation.

Il en a été de même dans l'espèce qui suit. Un représentant de commerce avait un bagage, contenant une collection d'échantillons de montres d'une grande valeur, dans la malle arrière non fermée à clef de sa voiture, garée toute une nuit chez un carrossier. Pendant la nuit le bagage avait été volé. La Cour suprême a considéré qu'il y avait faute grave du représentant sans examiner les motifs de celui-ci. Elle s'est contentée de la constatation d'un fait objectif qui a entraîné de graves conséquences pour l'employeur (87).

Toutefois, le comportement du salarié, tant du point de vue subjectif qu'objectif, n'est pas l'unique facteur d'appréciation du juge. L'attitude de l'employeur face au comportement fautif du salarié a parfois une influence déterminante sur l'appréciation de sa gravité. Cela paraît peut-être non orthodoxe mais s'explique par le fait que l'employeur apprécie souverainement l'intérêt de son entreprise et les mesures à prendre pour la sauvegarder. Or, s'il a toléré certains agissements de son salarié ou s'il ne les a pas sanctionnés rapidement c'est parce qu'il ne les a pas considérés comme assez graves. En ce qui concerne l'intérêt de l'entreprise, le juge ne veut donc pas être plus vigilant que l'employeur qui en est le principal responsable et bénéficiaire.

La jurisprudence estime en général que les agissements fautifs du salarié ne peuvent pas être considérés comme une faute grave privative du préavis ou d'autres indemnités de rupture. En effet, la

(84) Cass. soc. 2 mai 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 304; Dr. soc. 1963.548 note de M. DESPAX.

(85) Cass. soc. 17 juillet 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 513.

(86) Cass. soc. 23 juin 1960, Gaz. Pal. 1960.2.140; Bull. civ. 1960, IV, p. 534; Inf. Chef d'Entr. 1961.312.

(87) Cass. soc. 16 juillet 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 505; D. 1963.658; S. 1964.68; Inf. Chef d'Entr. 1963.986.

privation du préavis nécessite une faute dont la gravité impose sa sanction immédiate. Or, si l'employeur a connu et toléré la faute, cela signifie qu'il ne la considère pas comme nécessitant le renvoi immédiat du salarié. Il ne peut donc, plus tard, invoquer cette même faute pour justifier un licenciement immédiat dudit salarié.

Ainsi, le caractère difficile d'un salarié ne peut pas lui être imputé comme faute grave si son employeur l'a toléré pendant de longues années sans lui en faire grief (88). De même, l'employeur ne peut pas se prévaloir de la « faute grave » de son salarié lorsque celui-ci n'a commis qu'une erreur explicable par un défaut de capacités *bien connu de l'employeur* qui ne l'avait jamais employé que comme « bouche-trou » (89). Il en va de même lorsqu'un employeur connaissant depuis longtemps les erreurs de son salarié, qu'il lui avait imputées ensuite comme faute grave, avait néanmoins témoigné sa satisfaction pour les efforts mis à les redresser (90).

Une autre espèce est significative à cet égard. Un chauffeur s'était assoupi à son volant, ce qui avait entraîné d'importants dégâts au véhicule. La Cour suprême a refusé de considérer ce fait comme une faute grave dès lors qu'elle avait constaté que l'employeur connaissait *les conditions de travail anormales de ce chauffeur et ne s'y était pas opposé* (91). Ici l'employeur ne tolérait pas des fautes analogues du salarié mais il tolérait *une situation* qui, d'après le cours normal des choses, incluait un risque sérieux.

Enfin, l'employeur ne peut pas invoquer le fait de représenter un produit concurrent comme une faute grave imputable à son représentant dès lors qu'il tolérait cette situation (92). Toutefois, la Cour suprême a estimé que les habitudes d'intempérance d'un salarié et son état de déchéance physique provoqué par l'alcoolisme, sont de nature à le priver du droit aux indemnités de préavis et de licenciement, même si l'employeur les a longtemps tolérés (93).

Par ailleurs, la jurisprudence estime que la sanction de la faute grave doit suivre, dans un délai raisonnable, son accomplissement.

Ainsi, un accident ayant été causé par la faute d'un salarié, les juges du fond avaient estimé que, l'employeur ayant tardé plus de deux mois avant de licencier ledit salarié, la faute de ce dernier n'était pas d'une gravité suffisante pour motiver son renvoi sans préavis. Ils ont été approuvés par la Cour suprême (94). Il en a été de même

(88) Cass. soc. 29 janvier 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 58.
(89) Cass. soc. 18 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 224.
(90) Cass. soc. 11 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 364.
(91) Cass. soc. 18 janvier 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 49.
(92) Cass. soc. 7 janvier 1961, Inf. Chef d'Entr. 1961.423; 25 mai 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 327.
(93) Cass. soc. 29 juin 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 536.
(94) Cass. soc. 1er mars 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 180.

pour le licenciement d'un salarié effectué en octobre pour des fautes commises en juin (95).

La Cour de cassation estime également que les négligences passées qui auraient pu justifier à leur époque un licenciement immédiat ne pouvaient plus motiver une mesure identique prise deux ans plus tard (96). Egalement, les absences irrégulières et répétées, lorsqu'elles ne sont pas sanctionnées sur-le-champ ne justifient pas, par la suite, un renvoi sans préavis (97).

Toutefois, les fautes anciennes peuvent rendre plus sévères l'appréciation de la faute du salarié. Ainsi, un employé ayant déjà fait l'objet d'un avertissement en raison de son absence de ponctualité et qui avait repris son service à l'issue de son congé annuel avec quatre jours de retard sans avertir ni justifier son absence, commet, compte tenu de ses antécédents, une faute grave privative de toutes les indemnités de rupture (98).

En Belgique, l'employeur peut prononcer un licenciement sans préavis lorsqu'il invoque des « motifs graves » à l'encontre du salarié. En ce cas, le contrôle judiciaire se renforce. Le juge examinera si les faits invoqués constituent bien des motifs graves permettant une rupture immédiate du contrat (99).

Le contenu concret de la notion de faute grave est fixé par la jurisprudence. Les juges du fond constatent souverainement la matérialité des faits. Mais l'appréciation qu'ils font de leur gravité est soumise au contrôle de la Cour de cassation (100). Ce contrôle vise à établir une continuité logique et une uniformité du contenu de la notion de faute grave. Il faut signaler, par ailleurs, que les juges du fond, dans leur appréciation de la gravité des fautes, ne sont pas liés par des avis administratifs (101).

Les juges ont tendance à apprécier la faute du salarié *in concreto*. Ils tiennent compte de son ancienneté, de son état d'esprit ou des incidences que son comportement a eu sur la marche de l'entreprise.

Un examen de la jurisprudence montre que la grande majorité des comportements, reconnus en pratique comme gravement fautifs, peuvent être groupés en trois catégories. En premier lieu, viennent *les violations, par le salarié, de ses obligations* dérivant soit du contrat

(95) Cass. soc. 10 juillet 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 656.
(96) Cass. soc. 6 juin 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 378; D. 1963.628; J.C.P. 1963.II.13349.
(97) Cass. soc. 16 juillet 1963, IV, p. 497; Inf. Chef d'Entr. 1963.964.
(98) Cass. soc. 26 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 573.
(99) HORION, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, pp. 120, 135 et 136.
(100) Cass. soc. 25 mars 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 272.
(101) Cass. soc. 7 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 532; Dr. soc. 1965.108; Inf. Chef d'Entr. 1965.415.

individuel soit du règlement intérieur. En second lieu, il s'agit surtout d'*actes d'indiscipline au sens large*. Le troisième groupe est constitué par *la faute lourde du gréviste*. Nous aborderons enfin le problème de la charge de la preuve de la faute grave du salarié.

A. — La violation par le salarié de ses obligations.

La violation d'une disposition du règlement intérieur revêt souvent le caractère d'une faute grave. Une disposition de ce type prévoyait la sanction de congédiement sans préavis contre le salarié qui avait commis la faute d'introduire, ou distribuer des imprimés, tracts, journaux ou convocations dans l'enceinte de l'usine. D'après la Cour de cassation une telle sanction est justifiée lorsqu'elle est prononcée à l'encontre d'un ouvrier qui a été trouvé porteur de trois journaux dans l'enceinte de l'usine (102).

Dans une autre espèce, le règlement d'un hôtel prévoyait la vérification par les surveillants du contenu des paquets en la possession des membres du personnel à leur entrée ou à leur sortie. Un employé de cet établissement qui avait refusé de laisser examiner son sac au moment de la sortie a commis une faute grave (103). De même, un ouvrier qui avait porté des coups à deux collègues dans l'atelier malgré l'interdiction par le règlement intérieur, de toute rixe sur les lieux du travail sous peine de renvoi immédiat, commet également une faute grave (104). Dans des circonstances analogues. il a été jugé qu'un chauffeur-livreur ayant conservé par devers lui, pendant plusieurs jours, une somme prélevée sur la recette d'une journée précédente, avait également commis une faute grave (105).

Toutefois, les violations du règlement intérieur ne constituent pas toujours une faute grave de la part du salarié. Elles peuvent, suivant les circonstances, ne constituer qu'une faute légère. Il en a été jugé ainsi pour un salarié qui, tombé malade, avait omis d'informer son employeur de son absence consécutive à cette maladie. L'employeur en avait été, en fait, informé par un camarade de travail (106). Ne commet pas non plus une faute grave le salarié qui, ayant avisé son employeur de son absence pour maladie, a seulement omis de lui fournir un certificat médical (107). La jurisprudence fait ainsi preuve

(102) Cass. soc. 20 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 866; Inf. Chef d'Entr. 1962.332.
(103) Cass. soc. 14 février 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 133.
(104) Cass. soc. 24 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 211.
(105) Cass. soc. 19 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 808.
(106) Cass. soc. 30 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 560; 18 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 56; J.C.P. 1961.II.12122; Inf. Chef d'Entr. 1961.410.
(107) Cass. soc. 19 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 809.

de l'esprit réaliste avec lequel les rapports de travail doivent toujours être approchés.

La violation par le salarié d'une clause de son contrat peut également constituer une faute grave à son encontre. Ainsi, un représentant de commerce qui viole la clause expresse de son contrat lui interdisant de représenter toute autre maison (108) ou lui imposant un rapport journalier sur ses activités (109) commet une faute grave privative de l'indemnité de clientèle.

La méconnaissance par le salarié de ses obligations en général peut également constituer une faute grave. Le défaut de surveillance imputable à un contremaître ayant entraîné des dégâts importants, est par exemple considéré comme une faute grave (110). En effet, l'obligation principale d'un contremaître est la surveillance de son secteur de responsabilité.

De même, commet une faute grave l'infirmière qui néglige de donner à des malades les soins nécessités par leur état (111) ou le représentant de commerce qui suspend unilatéralement l'exécution de son contrat jusqu'à ce que l'employeur ait consenti à une modification des conditions de ce contrat (112). Par contre, ne constitue pas une faute grave le rendement insuffisant d'un représentant de commerce (113).

Le problème de la violation par le salarié de ses obligations contractuelles rappelle un autre problème très important : celui des malfaçons commises par le salarié. Toutefois, cette dernière question ne concerne pas en réalité le contrôle judiciaire du licenciement.

En effet, on admet généralement que le salarié n'est pas tenu responsable du résultat défectueux de son travail. Car entre ses efforts personnels et le produit final s'interposent plusieurs facteurs qui échappent à l'influence directe de sa volonté; il s'agit de la qualité des matières premières, de celle des machines utilisées ainsi que de l'organisation de la production. Ainsi la Cour de cassation décide que pour être déclaré pécuniairement responsable, l'ouvrier *doit avoir commis une faute lourde équipollente au dol* (114).

(108) Cass. soc. 12 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 658; Inf. Chef d'Entr. 1961.421.
(109) Cass. soc. 4 avril 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 274; S. 1962.315.
(110) Cass. soc. 16 octobre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 572.
(111) Cass. soc. 5 octobre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 623.
(112) Cass. soc. 20 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 225; Inf. Chef d'Entr. 1959.420; 16 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 250.
(113) Cass. soc. 28 octobre 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 860; 19 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 209; Inf. Chef d'Entr. 1959.419.
(114) Cass. soc. 19 mai 1958, 2 arrêts, D. 1959.20, note R. Lindon; 27 mai 1964. J.C.P. 1965.II.14056, note G.H.C.

Cette solution est justifiée en doctrine car « l'employeur qui est à la tête de l'entreprise et qui en perçoit les profits, en assume également les risques. Et les malfaçons involontaires lorsqu'elles résultent de négligences, de fautes légères dans l'exécution du travail, comptent précisément parmi ces risques » (115).

En revenant à notre problème, qui n'est certes pas la responsabilité civile du salarié mais bien le contrôle judiciaire du licenciement, nous constatons que la faute volontaire du salarié qui engage sa responsabilité civile, justifie à plus forte raison son licenciement sans préavis. Il s'agira du licenciement sanctionnateur par excellence. Mais, comme nous l'avons précédemment exposé, ce licenciement ne nécessite pas une « faute lourde équipollente au dol » mais une « faute grave », notion distincte et plus étendue. Par ailleurs, l'employeur qui n'est pas satisfait du travail fourni par un de ses salariés peut procéder à un licenciement libérateur à son encontre en invoquant son « insuffisance professionnelle » dont il est seul juge.

De tout ceci ressort que le contrôle du juge concernant les malfaçons commises par le salarié n'intéresse en réalité que le problème de la responsabilité civile du salarié dans ses rapports avec l'employeur. Il n'intéresse que de loin le contrôle judiciaire du licenciement. En tout cas, il est évident que la « faute lourde » engageant la responsabilité civile du salarié entre dans la notion de faute grave justificative du licenciement sanctionnateur.

Une des principales obligations du salarié est de fournir régulièrement sa prestation de travail. Son absence, outre le fait qu'elle constitue une méconnaissance de cette obligation, cause une perturbation dans l'organisation et la marche de l'entreprise. Pour cette raison, l'absence sans autorisation est considérée couramment comme une faute grave de la part du salarié (116). L'abandon brusque du travail sans motif valable (117) ou pour se rendre à une manifestation politique (118) constitue également une faute grave à la charge du salarié.

Toutefois, sur ce dernier point, la jurisprudence examine *in concreto* le comportement du salarié. Ainsi, un salarié qui interrompt son travail pour quelques instants afin de participer à une manifestation politique sans que ce mouvement ait donné lieu à aucune entrave à la liberté du travail ni ait été l'occasion d'incidents

(115) Note précitée de l'avocat général R. Lindon.

(116) Cass. soc. 13 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 46; 9 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 129; 27 avril 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 325; 19 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 597.

(117) Cass. soc. 22 décembre 1956, Dr. soc. 1956.162; 23 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 734.

(118) Cass. soc. 13 mars 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 282; Inf. Chef d'Entr. 1958.596; 11 mai 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 451.

quelconques, commet certes une faute qui, cependant, ne revêt pas le caractère d'une faute grave privative du préavis (119). Il en a été jugé de même pour un salarié ancien qui avait interrompu son travail pour aller se renseigner auprès du délégué du personnel et qui avait ensuite provoqué un attroupement d'autres ouvriers, rapidement dispersés sans perturbation dans le fonctionnement de l'atelier et en absence de tout geste de violence et de parole injurieuse (120).

La Cour de cassation a très souvent tendance à apprécier l'absence du salarié d'un point de vue subjectif. Ainsi, elle ne considérera pas comme une faute grave l'absence sans autorisation d'un salarié pendant quarante-cinq minutes pour se restaurer après onze heures de travail consécutif (121) ou l'absence d'une salariée ancienne motivée par la maladie de sa mère (122) ou, encore, l'absence pour quelques heures d'un ouvrier motivée par des raisons familiales exceptionnelles (123). De même, ne constitue pas une faute grave la prise de travail avec quelques heures de retard, n'ayant causé aucun préjudice à l'entreprise, par une employée modèle et irréprochable (124). Toutefois, les retards répétés du salarié constituent une faute grave à son encontre. Ces retards quotidiens ne peuvent être excusés par des difficultés de circulation qui ne sont pas d'un caractère imprévisible (125).

La jurisprudence considère d'autre part comme une faute grave les actes de concurrence commis par le salarié au préjudice de son employeur (126). Se rendent habituellement coupables de tels actes des cadres de sociétés. Tel était le cas du directeur d'un chantier naval qui avait profité de ses fonctions pour mettre au point la création d'une société concurrente en s'assurant le concours de techniciens sous ses ordres (127). Par ailleurs, le salarié qui fait une mauvaise publicité aux produits de son employeur, sans aller jusqu'à accomplir des actes de concurrence, commet également une faute grave. C'était le cas d'un représentant de commerce qui avait déclaré aux clients que les produits « n'étaient plus à la page » et que son employeur n'était plus assez avancé dans la technique moderne (128).

(119) Cass. soc. 13 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 26.
(120) Cass. soc. 21 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 605.
(121) Cass. soc. 6 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 106; D. 1963.551; Dr. soc. 1963.551, obs. M. Despax.
(122) Cass. soc. 8 janvier 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 13.
(123) Cass. soc. 3 mars 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 143.
(124) Cass. soc. 21 juin 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 477.
(125) Cass. soc. 13 mars 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 197.
(126) Cass. soc. 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 105; 27 avril 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 324.
(127) Cass. soc. 30 novembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 751.
(128) Cass. soc. 1er décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 862; S. 1961.112; D. 1961.77.

B. — Les actes d'indiscipline au sens large.

Dans une autre catégorie, les fautes graves du salarié se résument souvent à un acte d'indiscipline, au sens large. La nature même de ces actes oblige le juge à opérer une appréciation subjective de ceux-ci. Il examinera les éléments intentionnels ou dolosifs de l'action du salarié. Toutefois, les éléments objectifs ne sont pas totalement absents. Le juge appréciera souvent l'incidence de l'acte d'indiscipline commis par le salarié sur le fonctionnement normal de l'entreprise afin de déterminer la gravité de la faute ainsi commise par le salarié.

D'une manière générale, constituent une faute grave de la part d'un salarié *les injures adressées à un supérieur hiérarchique dans l'entreprise* (129). Constitue également une telle faute la gifle portée par un salarié au contremaître de son atelier, même en dehors du service, lorsque cet acte est commis en présence des membres du personnel et est en rapport direct avec les observations faites la veille à l'intéressé par la victime à l'occasion du service (130). Il en va de même lorsque le salarié répond en termes particulièrement grossiers, qui ont été entendus d'autres employés, à une observation de service adressée par son chef (131).

Toutefois, l'attitude injurieuse prise par le salarié est appréciée par le juge en fonction des motifs qui l'ont provoquée ainsi que d'autres facteurs d'ordre subjectif. Par exemple, les injures proférées par un salarié ne constituent pas une faute grave lorsqu'elles sont dues à la provocation de l'employeur (132) ou lorsque le salarié, ancien et sans reproche, avait répondu grossièrement aux observations de son chef d'équipe car, comprenant mal le français, il s'était crû menacé d'un congédiement immédiat (133), ou encore, lorsque le comportement du salarié est influencé par le deuil récent dû à la mort de son père (134).

La jurisprudence a également estimé que le fait d'avoir lancé une feuille de papier à la figure de sa contremaîtresse, ne devait pas être considéré comme une faute grave à l'encontre d'une ouvrière ancienne et qui n'avait pas fait l'objet d'observations dans le passé (135). Il en va de même des propos désagréables pour le

(129) Cass. soc. 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 103.
(130) Cass. soc. 22 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 339.
(131) Cass. soc. 8 février 1961, D. 1961.254.
(132) Cass. soc. 2 février 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 106.
(133) Cass. soc. 16 décembre 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 726; Inf. Chef d'Entr. 1964.336.
(134) Cass. soc. 6 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 107.
(135) Cass. soc. 30 janvier 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 85.

président-directeur-général de la société, tenus par une ouvrière au cours d'une conversation privée avec une apprentie (136).

Un acte d'indiscipline qui revient assez souvent dans la jurisprudence est *le refus d'exécuter un ordre donné par le supérieur hiérarchique* (137). Cette attitude du salarié est en effet susceptible de nuire à la bonne marche de l'entreprise. C'était le cas d'un représentant de commerce, soumis par son contrat à des directives strictes lui enlevant toute intiative et autonomie. La Cour de cassation a considéré que son indiscipline durable, constante et certaine et sa persistance à agir à sa guise en méconnaissant volontairement les consignes de service constituaient des fautes graves privatives du préavis (138).

Toutefois, la jurisprudence examine les circonstances concrètes dans lesquelles le refus de travail est intervenu de la part du salarié. Un règlement intérieur stipulait que le refus volontaire constitue pour le salarié une faute grave privative du préavis. Une ouvrière, en état de grossesse, qui travaillait jusque là sur des machines « faciles » avait reçu l'ordre d'exécuter un travail sur une machine scieuse. La Cour de cassation a estimé que son refus de travailler, intervenu après une heure d'essai, était motivé par une crainte que cette brusque affectation sur une machine dangereuse avait déterminé chez elle et que son état expliquait. Elle n'a donc pas considéré que cette acte présentait le caractère de refus volontaire de travail prévu par le règlement intérieur (139). En d'autres termes, le refus du salarié d'exécuter un ordre ne constitue pas toujours une faute grave. Il peut, en effet, être sinon légitime, du moins excusable, fautif mais sans que la faute soit considérée comme grave.

L'irrespect envers l'employeur constitue parfois une faute grave. La jurisprudence part du principe qu'un employeur est libre de faire des observations techniques à ses subordonnés, même d'un rang supérieur, du moment qu'elles sont faites sur un ton et dans des formes corrects. Elle a donc considéré comme une faute grave le fait pour un employé de quitter précipitamment la salle où avait lieu une réunion de travail et de ne pas s'en excuser ultérieurement (140).

Constitue également une faute grave la rédaction et la distribution par un cadre supérieur d'une pétition à caractère politique sur les

(136) Cass. soc. 7 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 23.

(137) Cass. soc. 8 janvier 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 14; D. 1964.146, note V.R.

(138) Cass. soc. 21 juillet 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 609.

(139) Cass. soc. 7 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 14; Inf. Chef d'Entr. 1960.1008.

(140) Rennes, 22 juin 1960, J.C.P. 1962.II.10708.

lieux de travail (141) ou le trafic frauduleux de bouteilles vides par un chauffeur-livreur d'une distillerie (142).

Au contraire, ne constitue pas une faute grave pour un représentant de réclamer une amélioration de sa situation et de faire, en termes un peu vifs mais ni grossiers ni injurieux, des critiques sur l'organisation de l'entreprise (143). Il en a été jugé de même pour un chauffeur grand routier qui avait arrêté son camion sur le bord de la route et s'était endormi pendant quelques heures, ce qui avait causé un retard et la perte d'un voyage de retour à son employeur (144).

Le fait pour un salarié d'exécuter son travail sous l'emprise d'un état alcoolique constitue en même temps une méconnaissance de ses obligations contractuelles et un acte d'indiscipline. Ainsi le chauffeur d'un camion qui cause à son véhicule de sérieux dégâts en conduisant dans un état d'ivresse commet une faute grave justificative de son renvoi immédiat sans indemnité de préavis (145). Au contraire, si le fait de se présenter ivre à son travail constitue un fait isolé ne justifiant pas les craintes pour l'avenir manifestées par l'employeur, cette faute unique du salarié peut ne pas être considérée comme assez grave pour le priver de son indemnité de préavis (146).

Il faut que nous mentionnons ici un cas d'espèce particulier où un salarié avait tenté de se suicider. La jurisprudence a estimé, à propos de cette espèce, que « la tentative de suicide peut s'interpréter aussi malgré ses motifs personnels qui l'ont provoquée, comme une faute grave dans la mesure où il s'agit d'un fait volontaire capable dans ses conséquences prévisibles d'amener des perturbations dans les services où travaillait l'intéressé » (147).

Cette solution nous paraît contestable. En effet, ce jugement fonde l'appréciation de la faute grave sur des facteurs uniquement objectifs en méconnaissant l'aspect subjectif qui, dans cette espèce, était prépondérant. Certes, la tentative de suicide d'un salarié cause incontestablement un trouble dans le fonctionnement du service mais, comme l'observe le commentateur de cette décision (148), « entre le salarié qui volontairement se mutile pour ne pas se rendre au travail et bénéficier des avantages de la sécurité sociale, pour lequel la qualification de faute grave semble admissible, et celui qui dans une crise

(141) Cass. soc. 17 juin 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 421.
(142) Cass. soc. 6 janvier 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 3.
(143) Cass. soc. 7 juillet 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 599; D. 1962.22; S. 1962.71.
(144) Cass. soc. 26 octobre 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 574; J.C.P. 1964.II.14257.
(145) Cass. soc. 14 décembre 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 788.
(146) Cass. soc. 17 décembre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 760; D. 1963.147.
(147) Paris, 10 février 1960, S. 1960.257; D. 1960.409, note G.L.C.
(148) Note G.L.C. précitée.

de dépression tente de se supprimer, sans pour cela être poussé par le désir de se soustraire à ses obligations professionnelles, il y a plus qu'une nuance, et qui semble avoir échappé à l'arrêt ».

D'une manière générale, *les infractions à la loi pénale commises par le salarié au préjudice de son employeur* sont en même temps considérées comme des fautes graves de sa part. Il en est ainsi lorsque le salarié commet un vol d'objet ou de matériel appartenant à l'entreprise (149) ou lorsqu'il commet un détournement d'un tel objet (150). Il en est de même lorsque le salarié encaisse des sommes sans en rendre compte à son employeur (151) ou lorsqu'il opère des prélèvements supérieurs à ses gains sur les fonds de la société qui l'emploie (152) ou, encore, lorsqu'un directeur d'agence couvre les détournements importants commis par le caissier contre le remboursement par le coupable d'une partie de la somme détournée et l'engagement, d'ailleurs tenu par la suite, de rembourser le solde (153). Dans cette dernière espèce, la faute dudit directeur consistait à ne pas avoir signalé à l'employeur l'infraction pénale commise par le caissier.

Parfois, l'infraction pénale commise par le salarié constitue une faute grave, même quand elle ne porte pas atteinte à un bien de l'entreprise. Il faut toutefois que cette infraction ait une influence préjudiciable à l'intérêt de l'entreprise. Tel était le cas d'un salarié condamné à un an de prison pour outrage public à la pudeur. Cette infraction portait atteinte aux intérêts de l'entreprise étant donné que ledit salarié travaillait comme serveur à la compagnie internationale des wagonts-lits (154).

C. — La faute lourde du gréviste.

L'article 4 de la loi du 11 février 1950 stipule que « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde du salarié ». Nous n'insisterons pas sur les effets de cette disposition concernant le problème de l'influence de la grève sur le contrat de travail (155). Ces effets peuvent se résumer comme suit. Tout d'abord, le salarié conserve son emploi malgré le fait de la grève. *Son contrat est suspendu pendant la durée de la grève et, lorsqu'elle se termine,*

(149) Cass. soc. 6 mars 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 287; Inf. Chef d'Entr. 1959.785.
(150) Cass. soc. 16 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 287.
(151) Cass. soc. 8 mai 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 395.
(152) Cass. soc. 28 juin 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 606.
(153) Cass. soc. 17 juillet 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 703; J.C.P. 1958.II.10792.
(154) Cass. soc. 16 mars 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 327; Inf. Chef d'Entr. 1959.596.
(155) H. Sinay, La grève, *in* Traité de droit du travail, tome VI, 1966, n° 108 et s., p. 243 et s.

l'employeur est tenu de reprendre tous les salariés grévistes. Ensuite, la responsabilité de la rupture éventuelle du contrat incombe à l'employeur. La jurisprudence a adopté cette solution malgré l'existence d'un courant, dans une partie de la doctrine, qui, en se fondant sur la lettre de la loi, estimait que la rupture, en cas de faute grave, était le fait du gréviste. La jurisprudence estime donc que *la faute grave du gréviste ne rompt pas, à elle seule, le contrat de travail* mais *elle offre à l'employeur la possibilité d'y mettre fin en prenant l'initiative.* De ce principe, la jurisprudence déduit que l'employeur qui licencie le gréviste, en l'absence de faute lourde, pour sanctionner sa participation à la grève, commet un usage abusif de son droit de licenciement (156).

Mais ce qui nous préoccupe principalement ici, est la conception de cette faute lourde que la jurisprudence adopte. Car la clé du contrôle judiciaire du licenciement en cas de grève est, en dehors du problème de la qualification de la grève comme licite ou illicite, l'appréciation du comportement du salarié-gréviste que l'employeur lui impute comme étant une faute lourde.

La doctrine n'est pas unanime sur la notion de faute lourde du gréviste. Paul Durand estimait que la « faute lourde » du gréviste est assimilable à la « faute grave » privative du préavis. Dans les deux cas, il s'agit d'une faute qui altère si profondément les rapports contractuels que la prolongation des relations de travail est devenue impossible (157).

Cette conception est critiquée par la doctrine récente (158). M. le professeur G. H. Camerlynck estime que la thèse de Paul Durand ne tient pas compte « du climat spécial de la grève, phénomène collectif qui doit être régi par ses règles propres, sans possibilité d'emprunt à la théorie générale de la faute ». En effet, la grève marque l'antagonisme des salariés d'une entreprise avec celle-ci, antagonisme qui prend l'aspect d'une épreuve de force. En pratique, la grève constitue l'ultime moyen légal des salariés pour faire aboutir leurs revendications professionnelles. Elle suppose que les autres moyens de pression sur l'employeur, et notamment les négociations, ont échoué. Son « climat » psychologique est donc tout à fait différent du climat normal des

(156) Cass. soc. 11 juillet 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 674; 7 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 73; 28 avril 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 318; 14 décembre 1965, D. 1966.256; Toulouse, 8 novembre 1962, S. 1963.216; D. 1963.290; Paris, 10 mars 1964, J.C.P. 1964.II.13627.

(157) Durand et Vitu, tome III, n° 297, p. 853 et s.; Choukroun, La grève et le contrat de travail, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, p. 177 et s.

(158) G.-H. Camerlynck, Grève, *in* Encyclopédie Dalloz, n° 97; H. Sinay, *op. cit.*, n° 97, p. 222.

rapports entre l'employeur et ses salariés. Il est donc conséquent de situer le comportement du salarié gréviste dans ce contexte afin d'y opérer une appréciation fondée.

Cette partie de la doctrine estime par conséquent que la « faute lourde » du gréviste est une notion tout à fait différente de la faute grave privative du préavis. Elle exige, pour que la faute lourde du gréviste soit constituée, un élément intentionnel. Il faut « une intention de nuire qui excède les limites permises par le droit de grève lui-même, *une intensité exceptionnelle du mobile de nuisance pour que soit retenue la faute lourde* car la grève par elle-même est toujours destinée à nuire » (159). D'après cette opinion, les éléments subjectifs sont prépondérants pour la constitution de la notion de faute lourde du gréviste. Il faut également signaler que le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mai 1950 (160) a défini la faute lourde du gréviste comme étant « une faute caractérisée d'une gravité particulière, qui, en principe, révèle l'intention de nuire et qui ne peut être excusée par les circonstances de l'espèce ».

Mais comment la jurisprudence conçoit-elle cette « faute lourde »?

La réponse varie selon le caractère de la grève (161). En schématisant, on pourrait dire que la position jurisprudentielle se résume en deux propositions. En cas de grève licite, elle exige une faute *individuelle* de la part du salarié gréviste. Au contraire, si la grève est illégale ou abusive, *la seule participation du salarié* constitue la faute lourde prévue par l'article 4 de la loi du 11 février 1950 avec toutes les conséquences qui en découlent pour ce salarié.

1. *Lorsque la grève est licite la faute lourde doit être individuelle* c'est-à-dire imputable à un salarié donné. Le juge appréciera donc le comportement *personnel* du salarié dans lequel il doit trouver les éléments de la faute lourde (162).

Constituent une telle faute les actes de violence en général commis par le salarié au cours de la grève. C'est le cas lorsque les grévistes profèrent des injures et menaces à l'adresse des représentants de la direction ou exercent des violences, verbales ou même physiques, sur la personne des dirigeants ou des cadres de l'entreprise. Il en va de même lorsqu'ils endommagent les locaux de l'entreprise en brisant les vitres et en forçant les portes (163).

(159) H. Sinay, *op.* et *loc. cit.*
(160) D. 1950.108.
(161) H. Sinay, *op. cit.*, n° 69 et s., p. 147 et s.; F. Givord, La notion et la licéité de la grève dans la jurisprudence constante contemporaine, Dr. soc. 1961.19.
(162) H. Sinay, *op. cit.*, p. 223 et s.
(163) Cass. soc. 16 juin 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 392; 4 mai 1966, Bull. civ. 1966, IV, p. 347.

Certes, le gréviste doit avoir commis ces actes dans l'entreprise. Ainsi l'employeur ne peut pas se prévaloir, pour justifier la faute lourde du gréviste, de sa condamnation à trois mois de prison pour les délits de violence et outrages à agents commis par lui au cours de la grève lorsque ces délits ont eu lieu en dehors du domaine de l'entreprise. Toutefois, l'employeur peut licencier ce salarié en soutenant qu'en tout cas, par suite de son incarcération, l'intéressé s'était trouvé par son propre fait dans l'impossibilité de remplir ses obligations découlant du contrat de travail (164).

La Cour de cassation considère également comme une faute lourde les exhortations à la grève faites par le salarié. Elle maintient cette appréciation même quand ces exhortations ont eu lieu sans que le salarié se livre à des violences ou des voies de fait contre les salariés, désireux de continuer le travail (165). A plus forte raison, constitue une faute lourde l'atteinte à la liberté du travail (166). Toutefois, la Cour suprême a considéré que le fait d'arrêter une machine, après le déclenchement de la grève, ne constituait pas une faute lourde (167).

En outre, la jurisprudence estime que pendant la grève la sécurité tant du personnel que des installations doit être assurée. Cela implique que les salariés affectés aux services de sécurité doivent accomplir normalement leurs fonctions.

Ainsi la Cour de cassation a estimé que l'agent de maîtrise, affecté aux services de sécurité d'une mine, qui refuse de reprendre ses fonctions pour participer aux travaux de sauvetage de la mine, laquelle était noyée, commet, *en raison de ses fonctions et de la connaissance qu'il avait des conséquences graves de son refus*, une faute lourde justifiant son renvoi sans indemnités (168). On conçoit ici que les facteurs subjectifs, tels que la connaissance du danger par le salarié, ont été déterminants dans l'appréciation de la Cour suprême. Mais le refus d'assurer son service dans des telles circonstances est une faute lourde, même quand il s'agit d'un simple salarié (169). Il en va de même lorsque le salarié refuse d'obtempérer à un ordre de réquisition (170).

Toutefois, le refus d'exécuter un ordre de l'employeur pendant la durée de la grève, lorsque cet ordre ne concerne pas la sécurité dans l'entreprise, n'est pas considéré comme une faute lourde de la part du gréviste (171). Ainsi, le salarié d'une société de tramways appar-

(164) Cass. soc. 17 juillet 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 703.
(165) Cass. soc. 12 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 383; Gaz. Pal. 1960.1.119.
(166) Cass. soc. 27 janvier 1956, Dr. soc. 1956.222.
(167) Cass. soc. 21 décembre 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 869.
(168) Cass. soc. 14 juin 1958, Bull. civ. 1958, IV, p. 549.
(169) Cass. soc. 25 mai 1951, Bull. civ. 1951, IV, p. 287.
(170) Cass. soc. 25 mai 1951, Dr. soc. 1951.473; 28 juin 1956, Dr. soc. 1957.26.
(171) Cass. soc. 23 mai 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 243.

tenant au service « entretien » qui refuse de se mettre à la disposition du service « mouvement », dont les salariés sont en grève pour des motifs professionnels, ne commet pas une faute lourde (172). Le fait que le salarié a préalablement promis d'exécuter un ordre de service ne concernant pas la sécurité ne peut pas lui être imputé comme faute lourde (173). La jurisprudence estime par ailleurs que la seule participation à un piquet de grève, sans violences ou entraves à la liberté du travail, ne constitue pas une faute lourde de la part du gréviste. Mais, elle se montre plus nuancée au sujet des occupations des lieux de travail par les grévistes. Comme l'observe la doctrine (174), la jurisprudence opère son appréciation d'après *l'étendue de l'occupation et selon sa durée.*

Lorsque l'occupation des lieux de travail est totale et témoigne d'une prétention au droit de propriété ou constitue une entrave à la liberté du travail, il y a faute lourde justifiant le licenciement (175).

Au contraire, lorsque l'occupation est partielle et limitée dans le temps, les ateliers proprement dit n'étant pas occupés, ne constitue pas une faute lourde de la part des salariés (176). Il en est de même lorsqu'il n'y a eu qu'une occupation limitée et momentanée de la travée de l'atelier central et des corridors directoriaux (177). Toutefois, cette dernière décision a estimé que cette occupation limitée constituait néanmoins une faute simple justifiant le licenciement mais non privative du préavis et de l'indemnité compensatrice de congés payés. Sur ce point, elle va à l'encontre de la position habituelle de la jurisprudence qui considère le licenciement, en absence de faute lourde du gréviste, comme abusif et elle a suscité les critiques fondées de la doctrine (178). En effet, en absence de faute lourde de la part du gréviste son licenciement ne peut intervenir.

2. *Lorsque la grève est illicite, la seule participation du salarié constitue une faute lourde.* Cette position de la jurisprudence contraste avec la nécessité d'une faute *personnelle* en cas de grève licite. Ici donc le juge opère une appréciation objective du comportement du salarié. Le seul fait que celui-ci a participé à une grève illicite constitue la faute lourde exigée par l'article 4 de la loi du 11 février 1950.

(172) Cass. soc. 7 février 1957, Bull. civ. 1957, IV, p. 99; Inf. Chef d'Entr. 1957.627.
(173) Cass. soc. 15 février 1961, Dr. soc. 1961.297, obs. J. Savatier.
(174) H. Sinay, *op. cit.*, n° 102, p. 229.
(175) H. Sinay, *op. cit.*, p. 230, et la jurisprudence citée note 3.
(176) Cass. soc. 29 mai 1953, Bull. civ. 1953, IV, p. 300.
(177) Cass. soc. 11 février 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 133; D. 1960.603; J.C.P. 1960.II.11624, note Bizière; Inf. Chef d'Entr. 1960.568.
(178) H. Sinay, *op. cit.*, p. 229, note 4.

En premier lieu, la participation à une grève politique constitue une faute lourde. Par une formule devenue de style, la Cour suprême estime que la seule participation à une grève qui n'a pas pour objet l'amélioration ou la modification des conditions de travail, constitue une faute lourde au sens de l'article 4 de la loi du 11 février 1950 (179). Elle casse, par conséquent, les arrêts qui déclarent que la faute lourde prévue par la loi doit s'entendre uniquement comme l'acte révélant chez chacun des grévistes pris individuellement l'intention manifeste de nuire aux intérêts de l'entreprise (180). Bien entendu le délégué du personnel qui déclenche une grève politique commet une faute lourde (181).

Parfois, la Cour de cassation considère comme faute lourde la participation à une grève dont *l'objet principal* n'est pas strictement professionnel. Un jugement qui, pour refuser l'existence d'une faute lourde s'était borné à relever que certaines préoccupations professionnelles n'avaient pas été « complètement étrangères » à l'esprit des grévistes, a été censuré par la Cour suprême (182).

Il faut signaler, en outre, que la participation à un mouvement qui, en réalité, porte toutes les caractéristiques d'une grève politique, mais qui a le soutien du gouvernement, ne constitue pas une faute lourde. Le 24 avril 1961, répondant à un appel du Chef de l'Etat, les syndicats avaient décidé de procéder à une manifestation de protestation contre le mouvement insurrectionnel d'Alger. La Cour de cassation a estimé que la participation à ce mouvement, auquel elle refuse implicitement le caractère même d'une grève, correspondait à un sentiment élevé du devoir. Le salarié qui a quitté sans autorisation son travail pour se rendre à cette manifestation n'avait donc pas commis une faute lourde (183). La doctrine n'a pas manqué de relever dans cette attitude de la Cour suprême le relativisme regrettable avec lequel elle apprécie la licéité de la grève (184).

La grève politique ne constitue pas la seule forme de grève illicite. La jurisprudence en connaît d'autres telle que la grève perlée ou celle déclenchée au mépris des dispositions conventionnelles. D'une manière générale, la Cour de cassation décide que les représentants

(179) Cass. soc. 20 février 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 223; Gaz. Pal. 1959.1.282; Inf. Chef d'Entr. 1959.405; 5 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 630; Gaz. Pal. 1961.1.102; D. 1960.710; J.C.P. 1961.II.12139; Inf. Chef d'Entr. 1961.207; 1er mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 218; D. 1961.420.

(180) Cass. soc. 1er mars 1961, précité.

(181) Cass. soc. 12 octobre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 655.

(182) Cass. soc. 10 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 269; Gaz. Pal. 1961.2.8.

(183) Cass. soc. 19 juin 1963, Bull. civ. 1963, IV, p. 426; Dr. soc. 1964.43, obs. J. Savatier.

(184) H. Sinay, *op. cit.*, n° 86, p. 191.

syndicaux qui déclenchent une telle grève commettent une faute lourde justifiant leur licenciement.

Ainsi, lorsqu'un salarié, délégué du syndicat et promoteur d'une grève, l'a déclenché en violant *délibérément* la clause de la convention collective imposant un délai de réflexion de huitaine, commet une faute lourde justifiant son licenciement (185). Il en a été jugé de même pour un délégué du personnel qui avait déclenché une grève sans observer préalablement la procédure de conciliation imposée par la convention collective applicable (186). Par ailleurs, la grève perlée ou menée dans des conditions que la jurisprudence estime abusives constitue une faute lourde de la part des délégués du personnel responsables (187).

Il faut toutefois signaler que la jurisprudence n'est pas absolument unanime en ce sens. Certaines décisions exigent plus qu'une simple participation à une grève illicite de la part du salarié, représentant du personnel ou non. Ces arrêts ont été rendus à propos des grèves illicites en raison de la violation des clauses conventionnelles concernant leur déclaration.

C'est le cas d'un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation du 5 mai 1960 (188). Une grève avait été déclenchée sans l'observation d'une procédure de conciliation prévue par la convention collective. Les délégués du personnel qui avaient participé à cette grève avaient-ils commis la faute lourde prévue par l'article 4 de la loi du 11 février 1950?

La Cour suprême a répondu par la négative à cette question. Voici comment elle a justifié son appréciation : « en l'état de leurs constatations, qui faisaient ressortir que le mouvement de grève avait été suivi par l'ensemble des ouvriers *sans qu'en particulier aucun autre fait qu'un acte de solidarité ait pu être imputé à chacun des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise en cause*, les juges... ont pu décider que ceux-ci, en se joignant à une grève professionnelle *déclenchée en dehors d'eux* sans recours aux procédures de conciliation conventionnelle, n'avaient pas commis *personnellement* une faute lourde permettant de rompre leur contrat de travail ».

(185) Cass. soc. 6 janvier 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 361; J.C.P. 1960.II.11692, 2e espèce, note R. Lindon; Gaz. Pal. 1960.2.119.

(186) Cass. soc. 23 mars 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 227.

(187) Cass. soc. 10 novembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 781; Gaz. Pal. 1961.1.94; 21 décembre 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 960; D. 1961.198; S. 1961.171; 13 décembre 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 754; D. 1963.148; Gaz. Pal. 1963.1.404; Inf. Chef d'Entr. 1963.689.

(188) Bull. civ. 1960, IV, p. 352; J.C.P. 1960.II.11692, 5e espèce, note R. Lindon; Dr. soc. 1960.551, obs. J. Savatier; Inf. Chef d'Entr. 1960.666.

De cet arrêt quelques observations peuvent être dégagées. Tout d'abord, la seule participation à une grève illicite n'a pas suffit pour qualifier de faute lourde le comportement des représentants du personnel incriminés. La Cour a, par ailleurs, cherché à établir une faute personnelle de leur part en procédant à une appréciation subjective de leur attitude. Elle observe « qu'il n'a pas été argué ni offert en preuve que les délégués et membres du comité d'entreprise aient, par leur ascendant, leur activité ou leurs manœuvres, organisé ou déclenché la grève... ni qu'ils aient eu autorité sur les ouvriers et le pouvoir de s'opposer à leur décision ». Cette observation est significative car elle enlève toute responsabilité aux représentants du personnel quant à la grève illicite. Il n'en reste pas moins que cette décision est en contradiction avec d'autres arrêts de la Cour de cassation qui justifient la faute lourde du salarié par sa seule participation à une grève illicite sans manifester de préoccupations analogues à celles de la présente décision. Il faut toutefois rapprocher de cette décision celle du 6 janvier 1960 (189) qui justifie la faute lourde du délégué par la violation *délibérée* de la clause conventionnelle imposant une procédure de conciliation avant la grève. En cette occasion la Cour suprême a également cherché et établi la faute lourde dans le comportement *personnel* du salarié.

Quand on pose le même problème, à savoir si la participation à une grève, illicite mais non politique, d'un simple salarié non représentant du personnel constitue une faute lourde, des difficultés analogues surgissent. Comment apprécier le comportement d'un simple salarié qui suit un mouvement de grève perlée ou de grève déclenchée en violations des clauses de la convention collective en présence? Se contentera-t-ton du fait objectif de la participation du salarié ou examinera-t-on sa connaissance de l'illicéité de la grève et de sa participation consciente?

Les réponses que nous fournit la jurisprudence ne sont pas concordantes. Certes les organisateurs d'un mouvement de grève jugé abusif commettent une faute lourde (190). Mais, dans certains arrêts, la Cour de cassation qualifie de faute lourde la seule participation du simple salarié à une grève illicite.

Ainsi, les participants à un arrêt de travail, intervenu sans avoir été accompagné d'aucune revendication du personnel pas plus que de pourparlers entre organisations patronales et ouvrières ont commis une faute lourde aux yeux de la Cour de cassation, qui a refusé de qualifier de grève professionnelle cet arrêt de travail (191).

(189) Précitée.

(190) Grenoble, 29 octobre 1963, D. 1964, somm. 56; Paris, 5 novembre 1963, Gaz. Pal. 1964.1.270.

(191) Cass. soc. 19 janvier 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 67.

Dans une autre espèce, la rémunération des salariés était fixée en fonction du dépassement plus ou moins grand d'une certaine cadence de production prise comme base. Les salariés se sont concertés pour ralentir leur cadence sans toutefois faire descendre leur production au-dessous de la moyenne ainsi fixée. Cette forme de grève étant déclarée illicite, la seule participation du salarié a été qualifiée de faute lourde par la Cour suprême (192).

Dans ces deux arrêts, la seule participation du simple salarié a suffit pour qualifier son comportement de lourdement fautif. La jurisprudence a donc procédé à une appréciation objective. Toutefois, dans la seconde espèce, le salarié savait qu'il opérait un ralentissement de sa cadence de production. Mais cette connaissance ne suffisait pas à lui donner *la conscience de l'illicéité de son comportement.*

Toutefois, dans d'autres occasions, la jurisprudence a exigé plus qu'une participation passive à une grève illicite pour décider que le simple salarié avait commis une faute lourde.

Dans son arrêt du 5 mai 1960 (193) la Chambre sociale se trouvait devant les faits suivants : une grève avait été déclenchée pendant le déroulement normal d'une procédure de conciliation et le directeur du port avait attiré l'attention des grévistes sur cette situation illégale. La grève ainsi commencée était donc illicite. Mais la Cour suprême ne s'est pas bornée à relever la participation du salarié à cette grève pour qualifier son comportement de faute lourde. Elle a précisé « *qu'en participant sciemment* à une telle grève » le salarié « avait commis *personnellement* une faute lourde ». Elle n'a donc pas considéré la seule participation mais la *participation consciente* à la grève illicite comme constituant la faute lourde du gréviste.

Dans une autre décision rendue le même jour (194) la Cour suprême a refusé de qualifier de faute lourde le fait qu'un salarié avait participé à une grève déclenchée en violation de la procédure de conciliation. Elle avait exigé une faute lourde *imputable personnellement* au salarié dont la société n'avait pas rapporter la preuve.

Le fondement de cette jurisprudence est exposé plus clairement dans un autre arrêt (195).

Une grève irrégulière avait été déclenchée en violation d'une clause conventionnelle prévoyant une procédure préalable de conciliation. Le juge a estimé que la participation à une telle grève ne pouvait être considérée comme une faute lourde. En effet, le salarié n'étant ni délégué du personnel ni membre du comité d'entreprise, il ne

(192) Cass. soc. 22 avril 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 263; Gaz. Pal. 1964.2.126.
(193) Bull. civ. 1960, IV, p. 353; Gaz. Pal. 1960.2.119; J.C.P. 1960.II.11692, 6e espèce, note R. LINDON.
(194) Cass. soc. 5 mai 1960, J.C.P. 1960.II.11692, 3e espèce, note R. LINDON.
(195) Douai, 4 mai 1961, Gaz. Pal. 1961.2.95.

pouvait pas être considéré, *a priori*, comme ayant une connaissance suffisante des obligations imposées par la convention collective, notamment en cas de conflit, puisqu'il n'avait pas la charge de la défense des intérêts du personnel et ne pouvait, par conséquent, se rendre compte, de l'irrégularité du mouvement de grève.

Sans doute, est-il difficile d'affirmer que les salariés d'une entreprise sont en mesure, en cas de conflit collectif, de connaître les obligations conventionnelles ou légales qui pèsent sur eux ou d'apprécier la licéité d'un mouvement de grève. Dans ces circonstances, il est donc inéquitable de considérer leur seule participation, motivée habituellement par leur sentiment de solidarité, comme une faute lourde. Par ailleurs, dans de telles circonstances, il s'agit de fautes des syndicats, qui ne doivent pas, en principe, avoir de répercussions directes sur les rapports individuels du salarié et de l'employeur. Pour ces raisons, la doctrine a approuvé, dès son apparition, la formule jurisprudentielle qui met l'accent sur la participation consciente du salarié (196).

Toutefois, ce retour à la conception individuelle de la faute du gréviste ne concerne pas la participation à des grèves perlées, politiques ou à des grèves abusives telles que les débrayages ou les grèves tournantes. Dans toutes ces hypothèses. la seule participation rend le salarié lourdement fautif.

En résumé, la jurisprudence relative à la faute lourde du gréviste est empreinte d'ambivalence. En ce qui concerne les grèves licites, elle conçoit la faute lourde du salarié comme une faute individuelle et personnelle. Elle procède donc à une appréciation subjective de son comportement. En ce qui concerne les grèves illicites, la seule participation du salarié est constitutive de la faute lourde. La jurisprudence se contente donc d'effectuer une appréciation objective du comportement du salarié. Toutefois, lorsque l'irrégularité de la grève est due à la violation d'une clause conventionnelle, la jurisprudence a tendance à mettre l'accent sur la participation consciente du salarié. Elle retourne donc aux facteurs subjectifs de son comportement.

Comment la jurisprudence conçoit-elle la faute lourde du gréviste? Est-ce une notion équivalente à la faute grave privative du préavis ou s'agit-il d'une faute dont les éléments intentionnels sont manifestes? La réalité jurisprudentielle ne nous apporte pas une réponse claire à ces questions. Parfois, elle paraît plus exigeante pour accepter la faute lourde; d'autres fois, elle admet plus facilement son existence. Mais ce qui est certain, c'est qu'elle exige une faute plus lourde pour justifier le licenciement d'un gréviste que pour priver le salarié de son préavis normal.

(196) Voir la note précitée de l'avocat général R. LINDON.

Il est d'ailleurs discutable de savoir si l'on peut comparer la faute grave privative du préavis à la faute lourde du gréviste. Il existe des différences essentielles entre les deux situations qu'elles reflètent. C'est la conséquence du caractère spécifique de la grève et du « climat » spécial qu'elle crée, dans lequel il faut situer le comportement de chaque salarié pour en faire une appréciation juste et équitable.

Néanmoins, il est inexact d'affirmer, tout au moins en l'état actuel de la jurisprudence, que la faute lourde du gréviste suppose l'existence de mobiles intentionnels manifestes dans le but de nuire à l'entreprise. La jurisprudence n'a encore formulé, à notre connaissance, aucune exigence de cet ordre.

Le paragraphe 23 du KSchG stipule que les dispositions de cette loi ne s'appliquent pas aux licenciements qui constituent des mesures prises pendant les luttes économiques entre salariés et employeurs. Cela signifie que l'employeur peut répondre à une grève par un licenciement collectif. Dans l'esprit des rédacteurs de la loi du 10 août 1951, cette disposition se justifie par le principe d'« égalité d'armes » (Waffengleichheit) qui doit exister dans les conflits du travail (197). Or, protéger les salariés contre le licenciement au moyen du KSchG lors des conflits de travail porterait atteinte à ce principe d'égalité d'armes (198). Lorsqu'un tel conflit se produit l'employeur peut même licencier les membres du Betriebsrat sans observer la procédure spéciale du paragraphe 13 KSchG.

L'employeur doit procéder à ces licenciements en tant que mesures collectives à l'occasion d'une lutte économique avec ses salariés. Il est donc nécessaire que ces mesures affectent un grand nombre de salariés. Il ne peut pas profiter d'un tel conflit pour se débarrasser d'ouvriers qu'il estime indésirables. S'il s'agit d'un licenciement pour de telles raisons le KSchG est applicable même quand le licenciement intervient lors d'un conflit de travail (199).

Il n'est pas possible de parler du contrôle judiciaire du licenciement intervenu lors d'une grève, en droit allemand, sans avoir expliqué au préalable sa réglementation concernant les conflits de travail ainsi que la jurisprudence sur cette question. Ce problème est toujours envisagé en Allemagne comme une entité organique et l'examen séparé d'un de ces éléments est d'une finalité scientifique contestable (200).

(197) Losacker, Waffengleichheit im Arbeitskampf, RdA, 1964, p. 98.
(198) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 23, n° 1, p. 257.
(199) Hueck, *op. cit.*, n° 4, p. 259; Engel, Ordentliche Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen bei Arbeitskämpfen, RdA, 1965, p. 85 et s.
(200) Voir, hors les traités principaux de droit du travail, les études des : Hueck, Probleme des Streiksrechts, RdA, 1956, p. 201 et s.; Hessel, Streikrecht

En Grèce l'Aéropage considère que la participation à une grève illicite ou abusive peut être considérée comme une rupture du contrat de la part du salarié. Il appartient au juge d'apprécier si, dans un cas déterminé, la participation à cette grève peut bien être considérée comme une démission tacite de la part du salarié. Il appréciera chaque espèce en fonction du principe de la bonne foi et des bonnes mœurs (201). D'autre part, la participation à une telle grève peut être constitutive d'une « cause sérieuse » justifiant le licenciement extraordinaire du salarié.

D. — La charge de la preuve de la faute grave du salarié.

Il incombe à l'employeur de rapporter la preuve de la faute grave du salarié ou du refus de ce dernier de remplir ses obligations jusqu'au terme du délai-congé pour se libérer de son obligation d'observer le préavis (202). Les juges peuvent arriver à leur conclusion en ce qui concerne la preuve de la faute grave en appréciant, par exemple, la portée des déclarations des parties lors d'une comparution personnelle (203).

Le juge apprécie par ailleurs la valeur ou l'opportunité de chaque moyen de preuve. Il lui appartient, s'il le juge utile, d'ordonner une enquête. L'employeur ne peut donc se plaindre du refus du juge de prendre une mesure d'instruction en vue d'établir la faute grave du salarié, si le juge a estimé qu'une telle mesure était inutile et ne pouvait apporter aucun élément nouveau (204) ou s'il s'est estimé suffisamment renseigné par les autres éléments de l'espèce (205).

L'employeur peut offrir d'établir certains faits qui, à son avis, constituent la faute grave du salarié. Mais le juge peut refuser cette

und Arbeitsvertrag, RdA, 1952, p. 49 et s.; Müller, Grundfragen des Streiksrechts, RdA, 1951, p. 247 et s.; Nikisch, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag, Festschrift für Hedemann, 1958, p. 191 et s.; Nipperdey, Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung - Grundsätzliches zur Frage seiner Rechtswidrigkeit, Festschrift für Sitzler, 1956, p. 79 et s.; Reuss, Der Arbeitskampf, ein Instrument zum Klassenkampf ? RdA, 1965, p. 133 et s.; du même auteur, Vertragsauflösende Arbeitskämpfe, JZ, 1965, p. 233; Hampel, Kündigung bei illegitimen Streik, RdA, 1958, p. 449 et s.; Baumgardt, Streik und Aussperrung in ihrer Auswirkung auf den Arbeitsvertrag und das sozialrechtliche Versicherungsverhältnis, thèse, Cologne, 1964.

(201) A.P. n° 526/1967, E.E.D. 1967, p. 1437; 68/1967, E.E.D. 1967, p. 420; 526/1966, E.E.D. 1966, p. 1503; 495/1966, E.E.D. 1966, p. 1374; 296/1966, E.E.D. 1966, p. 786.

(202) Cass. soc. 8 janvier 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 13; 30 juin 1965, Bull. civ. 1965, IV, p. 431; 2 mai 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 291; 6 avril 1967, Bull. civ. 1967, IV, p. 213; G.-H. Camerlynck, Traité pratique de la rupture du contrat de travail, p. 35.

(203) Cass. soc. 5 mai 1964, Bull. civ. 1964, IV, p. 297.

(204) Cass. soc. 28 juin 1961, Bull. civ. 1961, IV, p. 560.

(205) Cass. soc. 9 juillet 1962, Bull. civ. 1962, IV, p. 511.

offre s'il estime que, même supposés vrais, ces faits ne constituent pas la faute grave requise (206).

Toutefois, si l'employeur apporte la preuve d'un fait qui constitue la faute lourde du salarié, il appartient à ce dernier d'apporter la preuve d'une circonstance qui neutralise la valeur du fait établi par l'employeur. Ainsi, lorsque l'employeur établit que son représentant s'était adjoint la représentation de maisons concurrentes, en violation de son contrat, il appartient à ce représentant de rapporter la preuve de l'autorisation au moins tacite de l'employeur (207).

La renonciation de l'employeur à invoquer la faute grave du salarié ne se présume pas. Une convention collective prévoyait un préavis de trois mois et une indemnité de licenciement distincte du préavis. La Cour suprême a estimé que le paiement par l'employeur, dans un sentiment de pure générosité, de l'indemnité de préavis, n'impliquait pas la reconnaissance de l'absence d'une faute grave de l'employé alors qu'une telle faute avait été alléguée de façon précise dans la lettre de congédiement (208).

Il faut signaler, par ailleurs, que la charge de prouver la faute lourde du salarié gréviste incombe à l'employeur (209).

Section II.

LA « CAUSE SERIEUSE » JUSTIFIANT LE LICENCIEMENT EXTRAORDINAIRE EN ALLEMAGNE ET EN GRECE

L'existence d'une « cause sérieuse » donne le droit à l'employeur (et au salarié) de dénoncer le contrat de travail sans observer le préavis. La justification de cette réglementation est que l'existence de cette « cause sérieuse » rend inéquitable et contraire à la bonne foi l'exigence de maintenir le contrat jusqu'à sa fin normale, s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, ou jusqu'à la fin du préavis légal, si le contrat est à durée indéterminée.

La justification du licenciement extraordinaire est donc la même que celle justifiant le licenciement sans préavis en droit français. Nous avons constaté que la faute grave privative du préavis est bien celle

(206) Cass. soc. 17 mars 1960, Bull. civ. 1960, IV, p. 222.
(207) Cass. soc. 27 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 860.
(208) Cass. soc. 9 octobre 1959, Bull. civ. 1959, IV, p. 767.
(209) Cass. soc. 5 mai 1960, J.C.P. 1960.II.11692, 2e espèce; Douai, 4 mai 1961, Gaz. Pal. 1961.2.95.

qui rend intolérable le maintien du salarié au sein de l'entreprise pendant la durée du préavis.

Toutefois, ce rapprochement entre le licenciement sans préavis en droit français et le licenciement extraordinaire en droits allemand et grec ne signifie pas qu'il faille identifier la faute grave privative du préavis à la « cause sérieuse ». Il existe, en effet, une différence essentielle entre ces deux notions : *la première est une notion subjective tandis que la seconde est une notion objective.* C'est pour cette raison que nous avons traduit le terme allemand wichtiger Grund par l'expression « cause sérieuse » et non celle de « motif grave ».

Le droit hollandais adopte également une notion objective pour justifier le licenciement sanctionnateur. Il faut que l'employeur établisse l'existense d'un « motif impérieux ». La jurisprudence considère généralement comme tels les actes ou attitudes du salarié qui, par leur nature, ne peuvent permettre raisonnablement à l'employeur de poursuivre l'exécution du contrat (210). Le licenciement sans préavis est fondé en Italie sur l'article 2119 du Code civil. Cette disposition n'a pas été abolie par la loi du 15 juillet 1966 sur le licenciement. Le licenciement extraordinaire est réglementé uniformément, en cas de contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée, par l'article 2199 du Code civil italien. Ici les tribunaux contrôlent l'existence du fait invoqué par l'employeur et, également, la qualification de ce fait en tant que juste motif. Leur contrôle est donc substanciel et réel.

Mais ce « juste motif » a une fonction différente suivant la nature du contrat. Dans le contrat à durée déterminée le motif légitime est *un fait d'inexécution du contrat de la part du salarié.* Il se rattache, d'une façon générale, à la théorie de la rupture des contrats pour inexécution. En cas de contrat à durée indéterminée, le « motif légitime » est une faute grave. Le fait invoqué revêt ce caractère *s'il ne permet pas la poursuite, même provisoire, du rapport de travail.* Cette différence de contenu de la même notion suivant la nature du contrat en présence comporte une différence quant au contrôle judiciaire. Le point de vue du juge est différent quant à l'appréciation du « motif légitime » suivant qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée. Par conséquent, une faute du salarié peut être qualifiée de « juste motif » vis-à-vis d'un contrat à durée déterminée s'il n'a pas une importance négligeable à l'égard de l'employeur.

Mais cette même faute, si elle ne rend pas intolérable pour l'employeur la continuation du contrat de travail pendant la durée

(210) Molenaar, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 301.

du préavis, peut ne pas constituer un motif légitime pour la rupture immédiate du contrat à durée indéterminée (211). On s'aperçoit donc que cette même notion de « juste motif » est d'une essence différente suivant que la durée du contrat est déterminée ou non. Par conséquent, le contrôle judiciaire est également différent suivant cette même nature du contrat.

Comme nous le montre la jurisprudence en Allemagne, il existe une « cause sérieuse » lorsque le salarié a violé fautivement ses devoirs découlant de la relation de travail. Mais une telle violation fautive n'est pas nécessaire pour l'existence de la « cause sérieuse ». Celle-ci ne doit pas résider nécessairement dans la personne du salarié. Elle peut résider dans la personne de l'employeur ou dans des facteurs purement objectifs. Toutefois dans ce dernier cas une attention toute particulière est nécessaire, car il ne faut pas mettre à la charge du salarié les risques dont la charge appartient à l'employeur (212).

Il faut par ailleurs signaler qu'en droit allemand l'existence de la « cause sérieuse » justifie le licenciement extraordinaire en cas de contrat tant à durée déterminée qu'indéterminée. Au contraire, en droit grec, l'existence d'une « cause sérieuse » (213), justifie le congédiement extraordinaire seulement en cas de contrat à durée déterminée. Le licenciement extraordinaire, en cas de contrat à durée indéterminée, est régi par les dispositions spéciales de la loi n° 2112/1920 (214) et du décret royal du 16/18 juillet 1920 (215).

Nous rappelons, en outre, que la loi du 10 août 1951 sur la protection contre le licenciement (KSchG) n'affecte pas le droit de l'employeur de procéder à un licenciement extraordinaire (216).

Dans la recherche de l'existence de la « cause sérieuse », on ne peut pas utiliser les règles générales car, en fait, tout dépend des circonstances particulières de chaque espèce. Les facteurs comme la nature du travail fourni, la situation sociale des deux parties, la durée du contrat, le comportement de l'autre partie ainsi que d'autres circonstances propres à l'espèce jugée, peuvent revêtir une importance considérable. La jurisprudence allemande apprécie *in concreto* la « cause sérieuse » comme par ailleurs la jurisprudence française apprécie la faute grave privative du préavis.

Ainsi, une violation du contrat de la part du salarié, qui, normalement, pourrait constituer une « cause sérieuse » au profit de

(211) Menconi, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958, p. 243 et s.

(212) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, tome I, 7e éd. 1963, p. 583.

(213) Article 672 du Code civil.

(214) Article 5.

(215) Article 6.

(216) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, §11, p. 161 et s.

l'employeur, peut ne pas revêtir ce caractère soit parce que l'employeur a lui-même violé ses obligations soit parce qu'une telle solution aboutirait à causer un dommage disproportionné au salarié (217). Toutefois, une décision jurisprudentielle ne constitue pas un préalable ayant une valeur absolue pour les autres cas qui peuvent se présenter. Car les facteurs de chaque espèce constituent un ensemble qui lui donne sa physionomie particulière. Un facteur qui a donc déterminé la jurisprudence à adopter une solution donnée ne peut pas l'obliger à statuer de la même façon lorsqu'il se présente de nouveau à propos d'une autre espèce, car le nouveau contexte dans lequel il se situe peut être différent. L'étude de cette jurisprudence doit donc être menée dans cette optique et avec une attention particulière.

La fermeture temporaire ou définitive de l'entreprise ne constitue pas, en principe, une « cause sérieuse » pouvant donner lieu à un licenciement extraordinaire. En ce sens l'employeur peut procéder à un licenciement ordinaire qui est socialement justifié. Il peut toutefois en être autrement. Ce sera notamment le cas lorsque cette mesure sera nécessitée par une cause impérieuse qui, d'après la bonne foi, peut autoriser l'employeur à procéder au licenciement extraordinaire. Mais il faut bien qu'il s'agisse de circonstances graves, imprévisibles et non dues à une faute de l'employeur. La jurisprudence a reconnu comme telles les graves crises économiques ou politiques ainsi que l'état de guerre (218). Mais la jurisprudence allemande est caractérisée sur ce point par une prudence extrême car elle estime que la règle essentielle est l'attribution des risques économiques à l'employeur.

Très contestée reste la question de savoir si le soupçon d'un comportement pénalement répréhensible ou préjudiciable à l'entreprise, tel que la concurrence de l'entreprise, constitue une « cause sérieuse » justifiant le congédiement extraordinaire (219).

En règle générale, le simple soupçon ne constitue pas une « cause sérieuse ». Il existe toutefois des exceptions à cette règle qui sont dictées par la spécificité de chaque cas. Plusieurs facteurs sont à retenir à ce propos. Tout d'abord, le fait que le soupçon est particulièrement grave. Mais le soupçon joue un grand rôle lorsqu'il s'agit d'un salarié occupant un poste de confiance dans l'entreprise. En ce cas, la perte de la confiance de l'employeur, survenue sans qu'elle soit imputée à la faute de ce dernier, peut constituer une « cause sérieuse ». Car, dans ces circonstances, la poursuite de la collaboration entre salarié et employeur n'est plus possible puis-

(217) Voir la jurisprudence citée *in* HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 583.
(218) Voir la jurisprudence citée *in* HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 584, note 9.
(219) HEINIC, Verdacht als wichtiger Kündigungsgrund, RdA, 1951, p. 331 et s.; SCHLESSMANN, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965, p. 201 et s.

qu'elle présente de graves dangers pour l'employeur (220). L'acquittement du salarié par la juridiction pénale n'exclut pas que le fait dont il a été accusé soit retenu comme une « cause sérieuse » lorsque cet acquittement est dû au bénéfice du doute (221).

La vie extraprofessionnelle du salarié peut constituer une « cause sérieuse » du licenciement extraordinaire lorsqu'elle a des répercussions directes ou indirectes sur la relation de travail. Ici, revient de nouveau l'hypothèse des rapports de confiance entre l'employeur et son salarié. La « cause sérieuse » peut être constituée par le fait que la vie extraprofessionnelle du salarié détruit la confiance nécessaire de l'employeur. Ce sera le cas du caissier d'une entreprise qui joue au casino ou qui contracte des dettes disproportionnées avec ses moyens financiers. Il en va de même lorsque la vie extraprofessionnelle du salarié est de nature à affecter soit les rapports de l'entreprise avec ses clients et fournisseurs, soit son activité ou de compromettre l'activité du salarié lui-même en raison de ses fonctions au sein de l'entreprise (222).

Un autre problème difficile se pose, à savoir si la pression d'un tiers, groupement syndical, partie du personnel ou autres, constitue une « cause sérieuse » justifiant le licenciement extraordinaire d'un salarié. La même question apparaît également en cas de licenciement ordinaire mais, dans ce cas, il s'agit de savoir si un licenciement effectué sous une pression de cet ordre est socialement justifié. Ce problème est désigné en droit allemand par le terme Druckkündigung.

En principe, si la pression du tiers est injustifiée ou va à l'encontre du principe de la liberté syndicale, l'employeur a l'obligation de protéger son salarié et de ne pas céder à cette pression. Toutefois, si la menace crée pour l'employeur le danger de graves préjudices, la pression de ce tiers peut constituer une « cause sérieuse » de licenciement extraordinaire (223). En d'autres termes, en présence d'une pression de la part d'un tiers visant le licenciement d'un salarié, on applique les mêmes principes pour résoudre le problème de la justification sociale du licenciement ordinaire que pour apprécier s'il existe une « cause sérieuse » de licenciement extraordinaire.

En définitive, *il existe une « cause sérieuse » si le juge, appréciant les circonstances particulières de l'espèce arrive à la conclusion qu'il est inéquitable d'exiger de l'employeur de poursuivre la relation de travail dans de telles conditions.* On s'aperçoit donc que le juge

(220) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 585, et la jurisprudence citée.

(221) Nikisch, Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, p. 729; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5e éd. 1957, p. 241.

(222) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 586, et la jurisprudence citée.

(223) Hueck-Nipperdey, *op. cit.*, p. 586 et s., avec les références jurisprudentielles.

procède ici à une appréciation de caractère objectif, sans être lié par la notion de faute. Certes, le comportement fautif de chaque partie joue un grand rôle dans l'appréciation du juge mais il ne constitue pas le facteur unique.

La « cause sérieuse » peut être constituée par un fait unique ou plusieurs actes du salarié s'échelonnant dans le temps. Il n'est pas nécessaire que ces actes aient été commis pendant la durée de la relation de travail. Il se peut qu'ils aient eu lieu avant la conclusion du contrat pourvu que leurs effets soient apparus lors de son exécution. C'est le cas d'un employé qui avait purgé, avant son embauchage, une peine d'emprisonnement, fait qui avait été ultérieurement connu de l'employeur (224). Par ailleurs, la « cause sérieuse » peut survenir lors de l'accomplissement du préavis normal après un licenciement ordinaire.

La notion de « cause sérieuse » est un concept juridique. De cette constatation, il suit que l'appréciation fait par le juge du fond en ce qui concerne le caractère de « cause sérieuse » attribué à des faits souverainement constatés par lui, est soumise au contrôle du Bundesarbeitsgerichts (225).

Il appartient à l'employeur, qui s'estime titulaire du droit de procéder à un licenciement extraordinaire, d'apporter la preuve de l'existence d'une « cause sérieuse » sur laquelle son droit est fondé (226).

Un problème particulier se pose à propos de la « cause sérieuse »; il s'agit de savoir si les parties ont le droit soit d'exclure, soit de restreindre, soit d'étendre, par voie conventionnelle, le droit au licenciement extraordinaire. Ce problème, qui a donné lieu à une jurisprudence intéressante, ne concerne pas directement le contrôle judiciaire du licenciement. Toutefois, le principe admis en la matière est que le droit de procéder à un licenciement extraordinaire, lorsque les conditions de son exercice sont réunies, est d'ordre public et ne peut pas être soumis, par avance, à des restrictions conventionnelles, directes ou indirectes (227).

Pour étudier brièvement le licenciement extraordinaire en Grèce, il faut établir une distinction entre le contrat de travail à durée déterminée et indéterminée.

(224) Voir jurisprudence citée par HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 588, note 37.

(225) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 589 et s.

(226) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit*, p. 593; SIEG, Die Beweislast bei ausserordentlicher Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung, RdA, 1962, p. 137 et s.

(227) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 595 ; KASKEL-DERSCH, *op. cit*,. p. 237; NIKISCH, *op. cit.*, p. 721; MOLITOR, Die Kündigung, 2e éd. 1951, p. 268 et s.; HERSCHEL, Beschränkung der Befugnis uzr ausserordentlichen Kündigung, *in* Festschrift für A. Nikisch, 1958, p. 49 et s.

Dans le premier cas la situation est presque identique à celle du droit allemand. En vertu de l'article 672 du Code civil, l'employeur est en droit de licencier sans préavis s'il existe une « cause sérieuse ». La jurisprudence définit donc le contenu de cette notion juridique et l'Aréopage exerce son contrôle sur les appréciations faites sur ce point par les juges du fond. Il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de l'existence de la « cause sérieuse » (228) dont le contenu est analogue à celui que lui confère la jurisprudence allemande.

Mais l'article 672 du Code civil ne s'applique pas en cas de contrat de travail à durée indéterminée (229). Plus précisément, il ne s'applique pas à un tel contrat lorsque le salarié travaille dans une entreprise qui est soumise à la législation sur l'assurance-chômage. En fait, la presque totalité des entreprises sont soumises à cette législation.

En ce cas, le droit de l'employeur de procéder à un licenciement extraordinaire est très restreint. Il ne peut pas licencier sans préavis et sans le paiement de l'indemnité de licenciement pour toute « cause sérieuse », contrairement au droit allemand. Il n'a ce droit que *si une plainte a été déposée contre le salarié pour une infraction pénale commise lors de l'exercice de son travail ou s'il est accusé d'avoir commis une infraction pénale ayant au moins le caractère d'un délit.* Si le salarié a été acquitté ou si une ordonnance de non-lieu a été rendue, il a droit à l'indemnité de licenciement (230).

Si le juge reconnaît l'existence de la « cause sérieuse », le congé donné est justifié et le contrat prend normalement fin. Mais, s'il refuse de reconnaître l'existence de cette cause sérieuse, le congé donné est inefficace. Donc, la relation de travail subsiste.

Toutefois, en Allemagne, le paragraphe 11,1 du KSchG prévoit la possibilité pour l'employeur d'obtenir la résiliation judiciaire du contrat lorsque le juge a nié l'existence d'une cause sérieuse justifiant le congédiement extraordinaire. Il faut établir en ce cas que, malgré l'inefficacité du congédiement, il est inéquitable, d'après la bonne foi, d'exiger la poursuite du contrat de la part de l'employeur. Le juge prononce alors la résiliation du contrat moyennant le paiement par l'employeur d'une indemnité de licenciement dont le montant est fixé par le juge. Il s'agit ici du même mécanisme prévu par le

(228) Capodistrias, Ermak, commentaires sous l'article 672; Agallopoulos, Droit du travail, 1958, p. 355 et s.; Toussis-Stavropoulos, Droit du travail, 1967, p. 419 et s.

(229) A.P. n° 318/1965, E.E.D. 1965, p. 802; 574/1961, E.E.D. 1961, p. 1502; 443/1954, E.E.D. 1954, p. 686, Capodistrias, *op. cit.*, n° 11.

(230) Article 5 de la loi n° 2112/1920 et 6 du décret royal du 16-18 juillet 1920; voir à ce sujet les notes de la rédaction de l'E.E.D., *in* E.E.D. 1966, p. 309, et E.E.D. 1963, p. 885 avec les indications jurisprudentielles.

paragraphe 7 KSchG et appliqué en cas de congédiement ordinaire (231). Le paragraphe 11,1 KSchG prévoit son application en cas de licenciement extraordinaire (232).

En Allemagne, un problème complexe se pose. Il s'agit de savoir si un congé extraordinaire, déclaré inefficace peut être considéré comme un congé ordinaire prenant effet à partir du moment où le préavis normal a expiré. Avant le KSchG la doctrine et la jurisprudence répondait par l'affirmative à cette question aux conséquences pratiques considérables (233).

Le paragraphe 11,2 KSchG consacre la règle contraire. Il stipule (234) qu'un congé extraordinaire déclaré inefficace ne vaut pas, en cas d'incertitude, comme congédiement ordinaire.

Cette solution renforce la protection du salarié car l'employeur ne peut pas, en principe, alléguer que le congédiement extraordinaire prononcé, et déclaré inefficace par le juge, prenait effet comme congédiement ordinaire à partir de l'expiration de la durée du préavis légal. Pour mettre fin à la relation de travail, il lui faut prononcer un nouveau congédiement ordinaire qui, par ailleurs, sera apprécié en vertu du paragraphe 1 KSchG. L'employeur doit donc établir le caractère socialement justifié de ce nouveau congédiement conformément aux dispositions de ce paragraphe.

Ce problème de la possibilité de transformer un congédiement extraordinaire en un congédiement ordinaire a posé maintes questions épineuses à la doctrine et à la jurisprudence allemandes sur lesquelles nous n'insisterons pas ici (235).

La faute grave privative du préavis en droit français et la « cause sérieuse » justifiant le licenciement extraordinaire en Allemagne et en Grèce, sont des notions juridiques auxquelles les jurisprudences respectives attribuent un contenu analogue. Sur ce point, les systèmes juridiques sont très proches.

En effet, la faute grave privative du préavis est conçue en France comme celle qui, révélant l'incapacité ou l'incurie du salarié, interdit à l'employeur de le maintenir pour l'avenir au sein de l'entreprise en raison du danger que son comportement peut créer.

(231) *Supra*, section I, sous-section 1, B.

(232) Hueck, KSchG, 5e éd. 1965, § 11, n° 5 et s., p. 166 et s.; Oehmann, Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindung bei unwirksamer fristloser Entlassung, RdA, 1952, p. 93 et s.

(233) Hueck, *op. cit.*, n° 10, p. 171.

(234) Eine unwirksame fristlose Kündigung gilt im Zweifel nicht als Kündigung für den nächsten zulässigen Kündigungszeitpunkt.

(235) Hueck, *op. cit.*, p. 171 et s. ,avec des références en doctrine et en jurisprudence; Güntner, Die Umdeutung der ausserordentlichen Kündigung in eine ordentliche, RdA, 1953, p. 374 et s.

En outre, la « cause sérieuse » existe lorsque l'examen de la situation de l'employeur ne permet pas, d'après la bonne foi et les bonnes mœurs, d'exiger de lui la poursuite de la relation de travail jusqu'à l'expiration du préavis ou jusqu'à la fin du contrat, s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée (236).

La différence entre ces deux conceptions apparaît quant au point de vue auquel se place le juge. Le droit français place le juge sur le terrain de la faute du salarié tandis que le juge allemand et grec utilisent des concepts objectifs, tels que la bonne foi et les bonnes mœurs, pour apprécier « la situation » de l'employeur plutôt que son « comportement » ou celui du salarié.

Certes la pratique jurisprudentielle montre que ces systèmes juridiques, tout en partant de positions théoriques apparemment contradictoires, aboutissent à des résultats pratiques analogues. En effet, en droits allemand et grec, le comportement du salarié constitue le facteur principal de l'appréciation du juge sur l'existence de la « cause sérieuse »; en droit français, les facteurs objectifs jouent un grand rôle quant à l'appréciation du comportement du salarié en tant que faute grave privative du préavis. Le rapprochement des solutions pratiques est donc incontestable en ce domaine; il suffit de comparer les solutions jurisprudentielles en la matière.

Il faut par ailleurs signaler que la charge de la preuve tant de la « faute grave » que de la « cause sérieuse » est à la charge de l'employeur.

De cette analyse résulte une constatation assez claire, à savoir que le fondement du licenciement sanctionnateur est presque le même dans les pays de la C.E.E. Certes, il existe des différences de détail mais une vue critique des classifications et distinctions juridiques montre qu'il ne s'agit pas d'opérations chimiques ayant l'avantage de la clarté et d'un strict absolutisme. Au contraire, leur valeur consiste en ce que, tout en montrant un relativisme inhérent au domaine juridique, elles mettent en lumière le caractère profond des problèmes posés.

(236) HUECK-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 582.

CONCLUSION

Le contrôle judiciaire du licenciement, apprécié surtout du point de vue des résultats concrets auxquels il aboutit, ne présente pas de différences énormes d'un pays de la Communauté Economique Européenne à l'autre.

Certes, il existe des différences entre les systèmes juridiques. Mais nous croyons que la différence notable qui existe entre les systèmes des différents pays de la C.E.E. est constituée par leurs divergences quant au système de la preuve et, avec une intensité moindre, quant aux sanctions du licenciement illégitime.

Les systèmes allemand et italien, dotés de lois spéciales et récentes, imposent à l'employeur la justification du licenciement tant libérateur que sanctionnateur. L'employeur doit en effet apporter la preuve des faits qui constituent un motif légitime de licenciement libérateur. Il doit également établir la « cause sérieuse » lui donnant le droit de procéder au licenciement sanctionnateur.

Au contraire, le système du droit français s'en tient fermement au principe du libre exercice de la faculté de licenciement; l'employeur n'a pas à le justifier du moment qu'il observe les règles légales concernant le préavis. La jurisprudence s'efforce de limiter ce droit au moyen de la théorie de la rupture abusive du contrat de travail mais la charge de prouver l'abus commis par l'employeur incombe alors au salarié licencié. Toutefois, si l'employeur procède à une rupture immédiate et sans préavis, il doit établir la faute grave commise par le salarié.

En définitive, le contenu réel de la notion de licenciement antisocial en droit allemand et celle de licenciement abusif en droit français, correspond *grosso modo* aux mêmes circonstances de fait. Certes, la protection offerte par le droit allemand est incontestablement plus large mais il n'y a là qu'une différence quantitative et non qualitative.

Sur le plan pratique donc, les différents systèmes, tout en utilisant des théories et des techniques juridiques parfois différentes aboutissent à des résultats analogues. Mais il reste toujours la différence en matière de charge de la preuve qui, en Allemagne et en Italie, contribue à une protection pratique du salarié beaucoup plus importante qu'en France ou en Belgique.

Dans ce contexte, une harmonisation des différents droits de la C.E.E. peut se réaliser par les efforts conjugués tant du législateur national que par ceux, conscients, de la jurisprudence. Certes, l'obstacle majeur en la matière est que les dispositions légales de chaque pays se rapportant au licenciement sont incorporées dans un système juridique général qui oriente l'interprétation et l'application pratique de ces dispositions. La divergence des conceptions étant, surtout entre le droit allemand et le droit français, une réalité, tout effort législatif brutal en vue d'une harmonisation serait inefficace. Seule l'évolution des esprits en jurisprudence, de part et d'autre, peut nous conduire progressivement à une harmonisation en ce domaine.

L'analogie des solutions pratiques en matière de contrôle judiciaire du licenciement, malgré les différences existant sur le terrain des systèmes juridiques, peut intriguer le chercheur. Nous pensons néanmoins qu'elle tient à l'identité fonctionnelle du phénomène du licenciement dans la vie économique et juridique de la société moderne. Les solutions pratiques ne pouvaient donc être très éloignées l'une de l'autre s'agissant de pays dont les principes juridiques ont des origines communes.

En effet, dans le monde d'aujourd'hui, qu'il s'agisse des systèmes économiques fondés sur l'initiative privée ou sur la propriété collective des moyens de production, le principe de la rentabilité économique de l'entreprise revêt une valeur autonome. Les récentes réformes économiques à l'Est sont significatives à cet égard.

Or, la rentabilité économique de l'entreprise, dans un monde de concurrence nationale et internationale, signifie une constante réadaptation à l'évolution scientifique et technique. Cette réadaptation, visant surtout à élever la productivité, ne va pas sans une certaine fluidité de la main-d'œuvre, situation se traduisant par des licenciements.

L'existence des licenciements dépend par ailleurs de la politique gouvernementale en matière d'emploi (politique de plein-emploi ou, au contraire, politique de sous-emploi) et de la conjoncture économique nationale et internationale.

Lorsqu'on envisage le problème du licenciement sous cet angle, on s'aperçoit des limites qui existent quant aux possibilités de

protection des salariés au moyen d'un contrôle judiciaire du licenciement.

Une solution efficace du problème des licenciements ne peut intervenir que dans le cadre d'une politique économique et sociale gouvernementale. Puisqu'on ne peut pas éviter le fait du licenciement, la seule solution consiste à s'efforcer d'adoucir ses conséquences. L'action des pouvoirs publics en matière d'allocations de chômage ainsi que d'enseignement professionnel concernant les salariés jeunes qu'adultes et favorisant leur réadaptation professionnelle aux exigences du moment, est donc la seule solution efficace. Cette action n'intervient donc *qu'après le licenciement.*

Toutefois, le rôle du contrôle judicaire du licenciement n'est point négligeable. Il s'agit de veiller à ce que le salarié bénéficie des garanties légales et conventionnelles. Il s'agit également de préserver une certaine sécurité dans l'emploi en rappelant constamment qu'à coté des impératifs économiques il existe des exigences sociales et humaines dont la satisfaction est tout autant nécessaire au bien-être de la société.

Vu,
Le Président de la thèse :
G. LYON-CAEN.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris :
G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
J. ROCHE.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

AGALLOPOULOS (Chr.) : Droit du travail, Athènes, 1958.

ARISTOTELIS : Ethica Nichomachea, F. Susemihl, Lipsiae (Teubner), 1880.

ARISTOTE : Ethique à Nicomaque, traduction J. Tricot, Paris 1959.

AUTIE (D.) : La résiliation abusive du contrat de travail, thèse, Paris, 1954.

BALIS (G.) : Principes généraux du droit civil, 7e éd. Athènes, 1955.

BAUMGARDT (H.-G.) : Streik und Aussperrung in ibrer Ausswirkung auf den Arbeitsvertrag und das sozialrechtliche Versicherungsverhältnis thèse, Cologne, 1964.

BELLLINGHAUSEN (J.) : Der Massenentlassungsschutz nach dem Kündigungsschutz - und dem Betriebsverfassungsgesetz, thèse, Cologne, 1964.

BLAISE (J.) : La réglementation du travail et de l'emploi, *in* Traité de droit du travail publié sous la direction de G.H. CAMERLYNCK, Dalloz 1966, tome III.

BOLDT (G.), DURAND (P.), HORION (P.) etc. : Les sources du droit du travail dans les pays membres de la C.E.C.A., 2e éd. 1962.

BOLDT (G.), DURAND (P.), HORION (P.), KAYSER (A.), MENGONI (L.) et MOLENAAR (A.-N.) : La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1958.

BOLDT (G.), CAMERLYNCK (G.-H.), HORION (P.), KAYSER (A.) et MENGONI (L.) : Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., 1966.

BRUN (A.) : La jurisprudence en droit du travail, Sirey, 1967.

BRUN (A.) et GALLAND (H.) : Droit du travail, Sirey 1958 et les Mises à jour de 1960 et 1962.

CAMERLYNCK (G.-H.) : Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit social et du travail, « Contrat de travail » (1960), « Grève » (1961) et la Mise à jour (1967).

— Traité pratique de la rupture du contrat de travail, 1959.

CAMERLYNCK (G.-H.) et LYON-CAEN (G.) : Droit du travail, Précis Dalloz, 2e éd. 1967.

CAPODISTRIAS (J.) : Interprétation du droit du travail, Athènes, 1937.

— L'abus de droit dans la dénonciation du contrat de travail, 2e éd. Athènes, 1947.

— ERMAK, commentaires des articles 648-680 du Code civil, Athènes, 1956-1963.

CHARVERIAT (Ph.) : De la suspension des contrats, thèse, Lyon, 1964.

COHEN (M.) : Le statut des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise. Bibliothèque d'ouvrages de Droit Social, dirigée par G.-H. CAMERLYNCK, tome V, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964. Thèse, Paris, 1964.

COLIN-CAPITANT et de la MORANDIÈRE (J.) : Traité de droit civil, tome I, Dalloz, 1957; tome II, Dalloz, 1959.

DAVID (R.) : Les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz, 2e éd. Paris, 1966.

DELAMOTTE (Y.) : Le recours ouvrier dans une entreprise américaine, Paris, A. Colin, 1966.

DEMONDION (P.) : Les problèmes de l'emploi, Paris, 1960.

DESPAX (M.) : Les conventions collectives, *in* Traité de droit du travail publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1966, tome VII.

DIETZ (R.) : Betriebsverfassungsgesetz, 4e éd. 1967.

DURAND (P.) et JAUSSAUD (R.) : Traité du droit du travail, tome I, 1947.

DURAND (P.) et VITU (A.) : Traité de droit du travail, tome II, 1950.

DURAND (P.) et VITU (A.) : Traité de droit du travail, tome III, 1956.

EHRET (R.-G.) : Der Weg zur Vollbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, thèse, Bâle, 1959.

ERDMANN (G.) : Das Betriebsverfassungsgesetz, 2e éd. 1954.

ESSER (J.) : Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, 1956.

FERBER (Chr. von) : Arbeitsfreude, Wirklichkeit und Ideologie. Ein Beitrag zur Soziologie der Arbeit in der industriellen Gesellschaft, Stuttgart, 1959.

FIKENTSCHER (W.) : Das Schuldrecht, Berlin, 1965.

FRIEDMANN (G.) et NAVILLE (P.) : Traité de sociologie du travail, 2e éd. 1964.

GENY (F.) : Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 2e éd. nouveau tirage, 1954.

GUTTERIDGE : Le droit comparé. Traduction sous la direction de R. DAVID, Paris, 1953.

HENKEL (H.) : Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 1964.

HEYDE : Internationale Sozialpolitik, Heidelberg, 1960.

HUECK (A.) : Kündigung und Entlassung nach geltenden Recht, 1921, suppl. 1924.
— Kündigungsschutzgesetz, 5e éd. 1965.

HUECK (A.) et NIPPERDEY (H.-C.) : Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7e éd. Band I, 1963, Band II, 1 Halbband, 1966-1967.

HUECK (A.) et NIPPERDEY (H.-C.) : Grundiss des Arbeitsrechts, 3e éd. 1965.

JACCARD (P.) : Psycho-sociologie du travail, 1966.

KASKEL-DERSCH : Arbeitsrecht, 5e éd. Berlin, 1957.

KLEINSCHMIDT (C.) : Die Relativität der Nichtigkeit bei Massenentlassungen, thèse, Cologne, 1963.

LARENTZ (K.) : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960.

LIGEROPOULOS (A.) : La jurisprudence comme facteur de la formation du droit privé, Salonique, 1932.
— La résiliation du contrat de travail d'après le décret législatif n° 424/1941, Athènes, 1942.

LYON-CAEN (G.) : Cours de droit social européen, Les Cours de Droit, 1965-1966, 1966-1967.
— La convention collective de travail en droit international privé, Clunet, 1964.

MARTENS (W.) : Das recht am Arbeitsplatz im Schrifttum und nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Kündigungsschutz und Arbeitskampf, thèse, Münster, 1963.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : Droit civil, tome II, Sirey, 1962.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) : Leçons de droit civil, tome I, 1965, tome II, 1966.

MEIER-HAYOZ (A.) : Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, thèse, Zurich, 1951.

MOLITOR : Die Kündigung, 2e éd. 1951.

NIKISCH (A.) : Arbeitsrecht, tome I, 3e éd. 1961, tome II, 2e éd. 1959.

PERREAU (E.-H.) : Technique de la jurisprudence en droit privé, tome I, Paris, 1923.

RIEG (A.) : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961.

RIPERT (G.) : Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2e éd. 1951.
— Les forces créatrices du droit, 1955.

RIVERO (J.) et SAVATIER (J.) : Droit du Travail, collection Thémis, P.U.F., 4e éd. 1966.

ROUAST (A.) : Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit social et du travail, « contrat de travail » (1960) et la Mise à jour (1967).

SCHELP (G.) et TRIESCHMANN (G.) : Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfall, 1958.

SCHEUCHZER (R.-H.) : Der Factor Mensch in der Betriebswirtschaftslehre, thèse, Berne, 1957.

SCHLESSMANN (K.) : Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2e éd. 1965.

SCHMALTZ : Die Entlassung, 1951.

SCHNITZER (A.) : Vergleichende Rechtslehre, tome I, 1961.

SCHNORR : Das Arbeitsrecht als Gegenstand internationaler Rechtssetzung, München und Berlin, 1960.

SCHNORR von CAROLSFELD (L.) : Arbeitsrecht, 2e éd. 1954.

SINAY (H.) : La grève, *in* Traité de Droit du Travail, publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1966, tome VI.

SPYROPOULOS (G.) : La liberté syndicale, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1954.

STEINBICHLER (E.) : Die Abfindung nach § 7 KSchG, thèse, Cologne, 1962.

STEINKE (R.) : Die richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, thèse, Cologne, 1963.

STROMBERG (W.) : Die Versetzung des Arbeitnehmers, thèse, Cologne, 1963.

TOUSSIS (A.) et STAVROPOULOS (St.) : Droit du travail, Athènes, 1967.

TROCLET (E.) : Eléments de Droit social européen, Bruxelles, 1963.

TSATSOS (C.) : Le problème de l'interprétation du droit, Athènes, 1932.

VERDIER (J.-M.) : Syndicats, *in* Traité de Droit du Travail, publié sous la direction de G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1966, tome V.

YAMAGUSCHI (T.) : La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Economique Européenne. Bibliothèque d'ouvrages de droit social dirigée par G.-H. CAMERLYNCK, tome IV, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963.

ZIMMERMANN (K.) : Die Sozialadäquanz im Zivilrecht, thèse, Munich, 1961.

ZWEIGERT (K.) : Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen, 1955.

II. — OUVRAGES PARTICULIERS, CHRONIQUES ET NOTES

AGRAPHIOTIS (Z.) : L'institution de l'indemnité d'ancienneté et son application en droit hellénique, E.E.D. 1964, p. 1281.

AÏDINIS (G.) : Le congédiement d'un employé ayant une ancienneté d'ouvrier, E.E.D. 1966, p. 1348.

AUDINET (J.) : Les nouveaux droits du salarié licencié (Commentaire de l'ordonnance n° 67-581 du 13 juillet 1967), J.C.P. 1967.I.2116.

AUERBACH : Europäische Sozialpolitik — Notwendigkeiten und Möglichkeiten, RdA, 1951, p. 364.

Below : Die ausserordentliche Kündigung im MutterSchG, RdA, 1953, p. 219.

Blaise (H.) : La situation juridique des salariés en cas de faillite de leur employeur, Dr. soc. 1961.537 et 1962.80.

Blaise (J.) : Note sous Cass. soc. 24 janvier 1962, J.C.P. 1962.II.12565.
— La protection des candidats aux fonctions de représentants du personnel, J.C.P. 1961.I,1639.

Blohm : Schadenersatz bei Druckkündigung, RdA 1955, p. 303.

Bötticher (E.) : Ein Vorschlag zur Sanktion des § 66 Abs 1, BetrVG auf dem Boden des personellen Mitwirkungsrechts des Betriebsrats, RdA 1962, p. 382.
— Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Anderungskündigung, Festschrift für Molitor, 1962, p. 123.
— Zum Regierungsentwurf des KSchG, RdA 1951, p. 81.

Bizière (P.) : L'incarcération du salarié et le contrat de travail, Inf. Chef d'Entr. 1965.873.
— La prolongation de la maladie du salarié, Inf. Chef d'Entr. 1961.473.
— L'ordre des départs en cas de licenciement collectif, Inf. Chef d'Entr., 1961.3.
— Note sous Paris, 20 mars 1962, J.C.P. 1962.II.12672.
— Note sous Cass. soc. 11 février 1960, J.C.P. 1960.II.11624.

Brecher : Das Arbeitsrecht als Kritik des Bürgerlichen Rechts, Festschrift für Molitor, 1962, p. 35.

Brèthe de la Gressaye (J.) : Le droit et la sociologie du travail, Dr. soc. 1963.402.
— Note sous Paris, 14 septembre 1954, J.C.P. 1955.II.8559 (Affaire Brinon).

Bührig : Der Kündigungsschutz der nicht vom KSchG erfassten Arbeitnehmer, RdA 1955, p. 265.

Bulla : Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962, p. 6.
— Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Druck, Festschrift für Hueck, 1959, p. 25.
— Das neue MutterSchG des Bundes, RdA 1952, p. 10.

Camerlynck (G.-H.) : La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre, D. 1967, Chr. p. 101.
— Le transfert du salarié, D. 1966, Chr. p. 133.
— La dispense de travail pendant le délai-congé (à propos des récentes décisions de la Cour de cassation), J.C.P. 1966.I.2003.
— La révision du contrat de travail, J.C.P 1965.I.1964.
— Le règlement des différends touchant l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, y compris le renvoi. Rapport présenté au 5e Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Lyon, 1963. Dr. soc. 1964.85.
— De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée, J.C.P. 1961.I.1655.
— La maladie prolongée du salarié constitue-t-elle un cas de force majeure? J.C.P. 1961.I.1609
— La prorogation conventionnelle du mandat et du statut protecteur de délégué du personnel, J.C.P. 1959.I.1525.
— Le nouveau statut protecteur des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, J.C.P. 1959.I.1482.
— Du « motif inexact » au « fallacieux prétexte », D. 1959, Chr. p 129.
— De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement, J.C.P. 1958.I.1425.
— La réforme du délai-congé, D. 1958, Chr. p. 59.
— Note sous Cass. soc. 17 novembre 1966, J.C.P. 1967.II.14974.
— Note sous Cass. soc. 3 décembre 1964, J.C.P. 1965.II.14043.
— Note sous Cass. soc. 14 novembre 1963, J.C.P. 1964.II.13471.
— Note sous Cass. soc. 24 octobre 1962, J.C.P. 1962.II.12960.
— Note sous Cass. soc. 14 décembre 1960, J.C.P. 1961.II.12307.
— Note sous Cass. soc. 29 mars 1960, J.C.P. 1960.II.11776.

— Note sous Cass. soc. 17 mars 1960, J.C.P. 1960.II.11666.
— Note sous Cass. soc. 5 juin 1959, J.C.P. 1959.II.11325.
— Note sous Cass. soc. 17 avril 1959, J.C.P. 1959.II.11168.

Cafcas (C.) : La dénonciation de la relation de travail E.E.D. 1956, p. 65.

Capodistrias (J.) : Résiliation d'un contrat de travail pour force majeure, E.E.D. 1967, p. 1497.
— La dénonciation d'un contrat de travail nul, E.E.D. 1960, p. 1241.
— Contrats de travail à durée déterminée consécutifs, E.E.D. 1957, p. 1025.
— Note sous A.P. n° 493/1957, E.E.N. 1957, p. 878 (licenciement motivé par l'intention de l'employeur d'éviter le paiement d'un salaire plus élevé).

Carbonnier (J.) : Exclusion de l'indemnité de préavis lorsque le contrat est entaché d'une nullité d'ordre public, Rev. tr. dr. civ. 1946.135.

Choukroun (C.) : La grève et le contrat de travail, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Etudes de droit privé sous la direction de Paul Durand. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.

Colliard (C.-A.) : La stabilité de l'emploi et les autorisations administratives devant le contrôle juridictionnel, Dr. soc. 1951.237.

Cornu (G.) : La clause du célibat dans le contrat d'engagement des hôtesses de l'air, Rev. tr. dr. civ. 1963.570.

Crone : « Vermutete » Sozialwidrigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses? RdA 1952, p. 330.
— Gesetzwidrige Kündigungen une richterliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, RdA 1952, p. 244.

Dahns : Prozessrechtliche Bemerkungen zum KSchG, RdA 1952, p. 140.

Danel : Note sous Paris, 14 septembre 1954, Dr. soc. 1955.618 (Affaire Brinon).

David (R.) : Le rôle des juristes dans l'élaboration du droit selon la conception traditionnelle romano-germanique, in Vom deutschen Recht zum Europäischen Recht, Festschrift für Dölle, tome I, 1963, p. 359.

Delamotte (Y.) : Le recours ouvrier : réflexions sur la signification psychosociologique des règles juridiques, Sociologie du travail, 1961, p. 113.

Depenbrock : Mitgliedschaften bei politischen Parteien als Kündigungsgründe, RdA 1961, p. 186.

Dersch : Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung von BGB, RdA 1958, p. 441.

Despax (M.) : Les conventions collectives de travail européennes, Dr. soc. 1965.616.
— La vie extra-professionnelle du salarié et ses incidences sur le contrat de travail, J.C.P. 1963.I.1776.
— La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques, J.C.P. 1962.I.1710.
— Groupe de sociétés et contrat de travail, Dr. soc. 1961.597.
— Stabilité de l'emploi et mobilité de la main-d'œuvre, D. 1960, Chr. p. 229.
— Note sous Cass. soc. 6 février 1963, Dr. soc. 1963.551.
— Note sous Cass. soc. 2 mai 1963, Dr. soc. 1963.548.
— Note sous Cass. soc. 25 janvier 1961, D. 1961.621.

Dupeyroux (O.) : La jurisprudence, source abusive de droit, Mélanges Maury, tome II, 1960, p. 349.

Durand (P.) : Droit du travail et sociologie industrielle, Sociologie du travail, 1960, p. 1.
— Un remarquable exemple de stabilité de l'emploi : la législation fédérale des Etats-Unis du Brésil, Dr. soc. 1954.460.

Dureteste (S.) : Note sous Cass. soc. 21 avril 1961, D. 1961.523.

E.E.D., Note de la rédaction, *in* E.E.D. 1967, p. 1469 (« Le contrôle des licenciements collectifs de salariés ») ; *adde :* l'avis du Conseil Juridique d'Etat portant sur le même sujet *in* E.E.D. 1967, p. 1433.

— Note de la rédaction, *in* E.E.D. 1966, p. 497 (« La forme écrite de la dénonciation de la relation de travail »).
— Note de la rédaction, *in* E.E.D. 1966, p. 309 et E.E.D. 1963, p. 885 (« La dénonciation du contrat de travail motivée par une infraction pénale du salarié »).
— Note de la rédaction, *in* E.E.D. 1965, p. 815 (« La limite maximum de la rémunération mensuelle pour le calcul de l'indemnité de la loi n° 2112/1920 ».)
— Note de la rédaction, *in* E.E.D. 1965, p. 361 (« Quelques observations complémentaires sur la prime de travail insalubre »).
— Note de la rédaction, E.E.D. 1964, p. 814 (« Le régime de plein emploi servant de base de calcul pour l'indemnité de la loi n° 2112/1920 »).

ENDEMANN : Der Kündigungsschutz der werdenden Mutter, RdA 1953, pp. 11 et 383.

ENGEL : Ordentliche Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen bei Arbeitskämpfen, RdA 1965, p. 85.

ESMEIN (P.) : Note sous Cass. soc. 31 mai 1956, J.C.P. 1956.II.9397 (Affaire Brinon).
— La jurisprudence et la loi, Rev. tr. dr. civ. 1952, p. 19.

FARTHMANN : Der « Personenrechtlicher Charakter » des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, p. 5.

FELLER : Die Unterlassung der Anhörung des Betriebsrats nach § 66,1 des BetrVG und ihre Heilung im hinblick auf die materielle Rechtskraft arbeitsgerichtlicher Urteile. J.Z. 1959, p. 564.

FONT-REAULX (P. de) : Note sous Cass. soc. 1er juillet 1964, J.C.P. 1965.II.14240.

FREY : Der Begriff der regelmässigkeit im Arbeitsrecht, RdA 1960, p. 246.

FREYRIA (C.) : Nullité du contrat de travail et relation du travail, Dr. soc. 1960.619.

GIVORD (F.) : La notion et la licéité de la grève dans la jurisprudence constante contemporaine, Dr. soc. 1961.29.

GUNTNER : Das Verhältnis von Feststellungs- une Lohnklage nach dem KSchG, RdA 1953, p. 249.
— Die Umdeutung der ausserordentlichen Kündigung in eine ordentliche, RdA 1953, p. 374.

GUYENOT (J.) : La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Etudes de droit privé sous la direction de Paul DURAND. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.

HABSCHEID : Zur Lehre vom Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess, RdA 1958, pp. 46 et 95.

HAMPEL : Kündigung bei illegitimen Streik, RdA 1958, p. 449.

HEBRAUD (P.) ; Note sous Cass. soc. 26 novembre 1948, Dr. soc. 1949.188.
— Note sous Cass. soc. 8 décembre 1965, Dr. soc. 1966.630.

HEDEMANN : Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, RdA 1953, p. 121.

HEINIG : Verdacht als wichtiger Kündigungsgrund, RdA 1951, p. 331.

HERSCHEL : Die rechtliche Bedeutung schutzgesetzlicher Vorschriften im Arbeitsrecht, RdA 1964, pp. 7 et 44.
— Die leitenden Angestellten im KSchG, RdA 1962, p.59.
— Massenentlassungen und Unwirksamkeit der Kündigung, RdA 1961, p. 17.
— Reaktionspflicht des Empfängers einer nichtigen Willenserklärung, J.Z. 1960, p. 425.
— Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, RdA 1960, p. 121.
— Beschränkung der Befugnis zur ausserordentlichen Kündigung, Festschrift für Nikisch, 1958, p. 49.
— Druckkündigung und Schadensausgleich, RdA 1953, p. 41. Etude sous le même titre *in* Festschrift für Lehmann, 1956, p. 662.

HESSEL : Streikrecht und Arbeitsvertrag, RdA 1952, p. 49.

HILGER : Die Beteiligung des Betriebsrats bei fristlesen Entlassungen Kraft Betriebsvereinbarung, RdA 1957, p. 161.

HOFFMANN : Zur Anwendung des § 11 Abs 1 Satz 2 KSchG, RdA 1956, p. 263.

HORNING : Die betriebsbedingte Kündigung, RdA 1955, p. 132.

HUECK (A.) : Die Pflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer, Festschrift für Hedemann, 1958, p. 131.
— Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift für Appelt, 1958, p. 57.
— Probleme des Streiksrechts, RdA 1956, p. 201.
— Klage und Urteil im Kündigungsschutzstreit, Festschrift für Nipperdey, 1955, p. 99.
— Die Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung, RdA 1953, p. 127.
— Kettenverträge, RdA 1953, p. 85.
— Das BundesKSchG, RdA 1951, p. 281.

HÜPPER : Die Pflicht zur Einhaltung einer Frist bei ausserordentlicher Kündigung, RdA 1962, p. 249.

ISELE : Reflexwirkungen der Betriebsverfassung im Individualbereich, RdA 1962, p. 375.
— Das suspendierte Arbeitsverhältnis, Festschrift für Molitor, 1962, p. 107.

ISSELE (L.) : Influence de l'autorisation administrative sur le contrat de travail, Gaz. Pal. 1948.1. Doct. p. 45.

KALB : Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsstillegung, RdA 1965, p. 367.

KALOMIRIS : L'ancienneté d'un employé comme ouvrier manuel pour le calcul de l'indemnité de licenciement de la loi n° 2112/1920, E.E.D. 1960, p. 697.

KASIMOS (Chr.) : La qualification des salariés comme employés ou comme ouvriers manuels, E.E.D. 1963, p. 593.

KATZ : Das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz (Eine internationale Ubersicht), RdA 1956, p. 189.

KNOPP : Die Europäische Sozialcharta, RdA 1965, p. 4.

KÜCHENHOFF : Fristkündigung von Betriebsratsmitgliedern? RdA 1955, p. 256.

LESTANG (G. de) : Note sous Tr. adm. de Clermont-Ferrand, 15 avril 1964, Dr. soc. 1965.502.

LEVASSEUR (G.) : Examen critique de jurisprudence en matière sociale, Dr. soc. 1951.321.
— Note sous Cass. soc. 31 mai 1956, D. 1958.21 (Affaire Brinon).

LOSACKER : Waffengleichheit im Arbeitskampf, RdA 1964, p. 98.

LINDON (R.) : Note sous Cass soc. 24 janvier 1962, D. 1962.182.
— Note sous Cass. soc. 6 mai 1960, 14 janvier 1960, 5 mai 1960, quatre espèces, J.C.P. 1960.II.11692.
— Note sous Cass. soc. 19 mai 1958, D. 1959.20.

LYON-CAEN (G.) : Caractères originaux du Droit social européen, Mélanges J. de la Morandière, 1964.
— De l'étendue du contrôle des tribunaux dans le droit disciplinaire du travail, Rec. gén. lois, 1960, p. 37.
— Note sous Cass. soc. 10 novembre 1966, D. 1967.178.
— Note sous Cass. soc. 10 mars 1965, D. 1965.550.
— Note sous Cass. soc. 20 novembre 1963, D. 1964.139.
— Note sous Besançon, 15 mai 1963, D. 1963.753.

LÜKE : Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess, J.Z. 1960, p. 203.

MALAURIE (Ph.) : Note sous Cass. soc. 8 avril 1957, D. 1958.221.

MAURY : Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, *in* Le droit français au milieu du XX^e^ siècle. Etudes offertes à G. Ripert, tome I, 1950, p. 28.

MAYER-MALY : Zur arbeitsrechtlichen Bedeutung der Lehre vom Gestaltungsrecht, RdA 1965, p. 361.

MICHAELIDES-NOUAROS (G.) : La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de l'interprétation judiciaire, Grèce, Extrait de la Semaine Internationale de Droit, Paris, A. Pédone, 1954.

MITSOU (T.) : La différenciation entre les diverses catégories de travailleurs en Grèce. Rapport national au Congrès international de droit du travail et de sécurité sociale, Stockholm, 1966, Rapports nationaux, tome II, n° 13, éd. Almqwist-Wiksell, Uppsala, 1966. Le texte de ce rapport en langue grecque *in* E.E.D. 1967, pp. 337, 410 et 467.

— Le règlement des différends relatifs à l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur en droit grec. Rapport présenté au 5e Congrès international de droit du travail et de la sécurité sociale. Imprimerie Em. Vitte, Lyon, 1965.

MOLITOR : Grund und Grenzen des Weisungsrechts, RdA 1959, p. 2.

— Kündigung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses, RdA 1955, p. 41.

MONJAU : Die Beweislast im Rechtsstreit um die Beendigung des Arbeitsverhältnisse RdA 1959, p. 366.

— Die Auswahl bei betriebsbedingten Kündigung, RdA 1959, p. 8.

MORELLET (J.) : Le célibat contractuel des hôtesses de l'air, Dr. soc. 1962.91.

— Un célibat contractuel? Le cas des hôtesses de l'air, Dr. soc. 1961.287.

— Note sous Paris, 30 avril 1963, Dr. soc. 1963.482.

MÜLLER : Grundfragen des Streiksrechts, RdA 1951, p. 247.

NEUMANN-DUESBERG : Auswirkungen des Betriebsratsamts auf die gegen Betriebsratsmiglieder möglichen Individualrechtsmassnahmen des Arbeitgebers, RdA 1962, p. 289.

NIKISCH : Arbeitskampf und Arbeitsvertrag, Festschrift für Hedemann, 1958, p. 191.

— Die sogenannte Anderungskündigung, Festschrift für Sitzler, 1956, p. 265.

NIPPERDEY (H.-C.) : Die « Unwirksamkeit » von Massenentlassungen und die Lehre von der Nichtigkeit, RdA 1960, p. 285.

— Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung — Grundsätzliches zur Frage seiner Rechtswidrigkeit, Festschrift für Sitzler, 1956, p. 79.

OEHMANN : Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Abfindung bei unwirksamer fristloser Entlassung, RdA 1952, p. 93.

OLLIER (P.-D.) : Réflexions sur le droit de se faire justice soi-même dans les rapports de travail, Dr. soc. 1967.496.

OSTERMEYER : Die sozialwidrige und die aus sonstigen Gründen unwirksame Kündigung, RdA 1952, p. 142.

REINHARDT : Die Nichtanhörung des Betriebsrats, Festschrift für Nikisch, 1958, p. 109.

REUSS : Der Arbeitskampf, ein Instrument zum Klassenkampf? RdA 1965, p. 133.

— Vertragsauflösende Arfbeitskämpfe, J.Z. 1965, p. 233

— Zur Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, RdA 1963, p. 51.

— Die Nichtigkeit der ohne Anhörung des Betriebsrats erfolgten Kündigung, RdA 1954, p. 56.

ROBERT (A.) : La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Etudes de droit privé sous la direction de Paul DURAND. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.

ROUAST (A.) : Note sous Cass. soc. 27 avril 1964, D. 1965.213.

— Note sous Cass. soc. 30 avril 1963, D. 1963.428.

— Note sous Cass. soc. 25 octobre 1961, D. 1962.31.

— Note sous Cass. soc. 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961.249.

SAKELLAROPOULOS (A.) : Fictions de droit en droit de travail, E.E.D. 1949,p. 178.

SARAMITO (F.) : Le contrat de travail à durée déterminée, Dr. ouvr. 1966.227.

SAVATIER (J.) : Jurisprudence commentée en matière sociale au Droit social :

— Observations sous Cass. soc. 31 mai 1967, Dr. soc. 1967.506.

— Observations sous Cass. soc. 25 mars 1966, Dr. soc. 1967.296.

— Observations sous Cass. soc. 23 mai 1966, Dr. soc. 1967.182.
— Observations sous Cass. soc. 9 mars 1966, Dr. soc. 1966.427.
— Observations sous Cass. soc. 9 février 1966, Dr. soc. 1966.426.
— Observations sous Cass. soc. 7 octobre 1964, Dr. soc. 1965.108.
— Observations sous Douai, 15 octobre 1965 et 18 novembre 1964, Dr. soc. 1966.285.
— Observations sous Cass. soc. 1er juillet 1965, Dr. soc. 1966.103.
— Observations sous Cass. soc. 1er juillet 1964, Dr. soc. 1965.52.
— Observations sous Cass. soc. 27 avril 1964, Dr. soc. 1964.574.
— Observations sous Cass. soc. 9 janvier 1963, Dr. soc. 1963.351.
— Observations sous Cass. soc. 19 juin 1963, Dr. soc. 1964.43.
— Observations sous Cass. soc. 3 octobre 1963, Dr soc. 1963.228.
— Observations sous Bordeaux, 18 décembre 1963, Dr. soc. 1964.38.
— Observations sous Cass. soc. 21 février 1962, Dr. soc. 1962.568.
— Observations sous Cass. soc. 23 novembre 1961, Dr. soc. 1962.231.
— Observations sous Cass. soc. 25 octobre 1961, Dr. soc. 1962.100.
— Observations sous Cass. soc. 1er mars 1961, Dr. soc. 1961.483.
— Observations sous Cass. soc. 8 janvier 1964, Dr. soc. 1964.578.
— Observations sous Cass. soc. 4 mai 1961, Dr. soc. 1961.481.
— Observations sous Cass. soc. 20 mars 1961, Dr. soc. 1961.424.
— Observations sous Cass. soc. 15 février 1961, Dr. soc. 1961.297.
— Observations sous Cass. soc. 5 mai 1960, Dr. soc. 1960.551.
— Note sous Cass. soc. 12 janvier 1966, J.C.P. 1966.II.14607.

Schlessmann : Kündigungsschutzgesetz und Betriebsvereinbarung, RdA 1952, p. 170.

Schmidt : Betriebsrationalisierung und Kündigungsschutz, RdA 1954, p. 170.

Schregle : Gedanken zur internationalen Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht, Festschrift für Sitzler, 1956.367.

Schultz : Die Druckkündigung im Arbeitsrecht, RdA 1963, p. 81.

Siebert : Beiträge zum System des geltenden Arbeitsrechts, RdA 1959, p. 172.
— Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, Festschrift für Nikisch, 1958, p. 127.
— Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht, RdA 1958, p. 368.

Sieg : Die Beweislast bei ausserordentlicher Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung, RdA 1962, p. 137.

Sinay (H.) : Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise, J.C.P. 1961.I.1647.

Skinas (G.) : Les effets juridiques du changement de la nature du travail, E.E.D. 1964, p. 321.

Sornay (P.) : Le congédiement des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise — L'ordonnance et le décret du 7 janvier 1959 et la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, D. 1959, Chr. p. 55.
— La maladie du salarié et le contrat de travail. Tableau de la jurisprudence de la Cour de cassation, D. 1958, Chr. p. 165.
— L'indemnité de délai-congé. Tableau de la jurisprudence de la Cour de cassation (1947-1957), D. 1958, Chr. p. 21.

Stavropoulos (G.) : L'indemnité de licenciement d'un ouvrier ayant une ancienneté d'employé, E.E.D. 1962, p. 897.

Treillard (J.) : De la suspension des contrats, *in* La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Études de droit privé sous la direction de Paul Durand. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960.

Valticos (N.) : Charte sociale européenne, Dr. soc. 1963.466.

Vassiliou (B.) : Dénonciation du contrat de travail par une tierce personne, E.E.D. 1961, p. 394.
— Le contrôle de la Cour de cassation concernant la fraude à la loi n° 2112/1920, E.E.D. 1960, p. 633.

Verdier (J.-M.) : Note sous Cass. soc. 9 décembre 1960, D. 1961.143.

Veriopoulos (P.) : Le congé ordinaire, dans le contrat de travail, pour des raisons économiques et techniques, E.E.D. 1961, p. 1098.

— Observations sur le droit de direction de l'employeur, E.E.D. 1956, p. 817.
— La protection du salarié malade contre la perte de sa place de travail, E.E.D. 1956, p. 465.

VIELHABER : Streik und Arbeitsvertragsbruch, RdA 1951, p. 372.

VOIRIN (P.) : « Marion Pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie », D. 1963, Chr. p. 247.
— Note sous Cass. Ch. réunies, 22 juin 1966, J.C.P. 1966.II.14844.

VOS : Der Arbeitsvertrag in der Rechtsprechung des « Hoge Raad » der Niederlande, RdA 1965, p. 165.

WALINE : Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *in* La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de G. Scelle, tome II, 1950, p. 613.

WALTER : Streitgegenstand und materielle Rechtskraft bei Feststellungsklagen aus Anlass der Kündigung eines Arbeitnehmers, RdA 1954, p. 264.

WIEDEMANN : Subjectives Recht und sozialer Besitzstand nach dem KSchG, RdA 1961, p. 1.

WLOTZKE : Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht, RdA 1963, pp. 1 et 44.

ZEUNER : Arbeitskampf und Arbeitsvertrag, J.Z. 1962, p. 425.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1

I. — *Le licenciement comme catégorie juridique* 5

A. Licenciement et résiliation unilatérale du contrat de travail à l'initiative de l'employeur 6

B. Licenciement et non-renouvellement du contrat de travail à durée déterminée 9

C. Licenciement et nullité du contrat de travail 16

D. Licenciement et force majeure 22

a) Le licenciement et la force majeure en général 23

b) La notion de licenciement et la maladie du salarié 31

E. Le licenciement et les notions correspondantes en droit comparé 35

II. — *Le principe du contrôle judiciaire du licenciement, sa fonction et son étendue* 39

A. L'action du juge en matière de contrôle du licenciement 40

B. Le contrôle judiciaire du licenciement et le problème de l'emploi 44

C. Contrôle *a priori* ou contrôle *a posteriori ?* 48

D. Influence sur l'étendue du contrôle de la nature du licenciement 54

E. Nature et procédés techniques de l'intervention judiciaire 61

III. — *La valeur et l'utilité du droit comparé en ce qui concerne l'étude du problème du contrôle judiciaire du licenciement* 69

A. L'intérêt du droit comparé en ce qui concerne l'état du droit positif .. 69

B. L'intérêt du droit comparé pour la compréhension des tendances évolutives 70

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTROLE JUDICIAIRE DU LICENCIEMENT

GÉNÉRALITÉS 75

I. — Le principe du libre exercice du licenciement libérateur 75
II. — Licenciement libérateur et initiative de la rupture 77

CHAPITRE PREMIER. — *Le contrôle judiciaire des conditions extrinsèques* 81

Section I. — Le contrôle des limitations d'ordre général 82

Sous-section 1. — Le contrôle de l'observation du préavis 82

A. Le contrôle de la validité du congé 83
B. Le contrôle de la durée effective du délai-congé 87
a) Le contrôle concernant la date de la prise d'effet du congé 89
b) Dispense de travail pendant le délai-congé et moment de cessation du contrat de travail 93
c) L'intervention du juge quant à la fixation de la durée du préavis 96

Sous-section 2. — L'intervention du juge au sujet des limitations complémentaires auxquelles le licenciement est éventuellement soumis 107
A. Les limitations de source conventionnelle 107
B. Les limitations de source légale 111
a) La consultation préalable du conseil d'entreprise en droit allemand 112
b) Le contrôle administratif de licenciement 115
I. Le contrôle administratif du licenciement individuel 116
II. Le contrôle administratif du licenciement collectif 119

Section II. — Le contrôle des limitations concernant certaines catégories particulières de salariés 127
A. France 128
B. Allemagne, Grèce 137

CHAPITRE DEUXIÈME. — *Le contrôle judiciaire des conditions de fond* 147

PRINCIPES GÉNÉRAUX 147

Section I. — La justification du licenciement par le pouvoir de direction du chef d'entreprise 155

Sous-section 1. — Mesures d'ordre général 155

A Le contrôle judiciaire du licenciement résultant d'une mesure d'ordre général prise par l'employeur 157
B. Le problème de l'ordre des départs en cas de licenciement collectif 164

Sous-section 2. — Mesures d'ordre individuel 172
A. L'aptitude professionnelel du salarié 173
B. Les rapports du salarié avec son employeur et le reste du personnel 177
C. La vie extraprofessionnelle du salarié 178

Section II. — Les restrictions jurisprudentielles au libre exercice de la faculté de licenciement pour motif économique 183

Sous-section 1. — Vice subjectif 189
A. Atteintes aux libertés et droits du salarié 190
B. Circonstances antérieures ou concomitantes à la rupture 196
C. Renvoi pour grossesse ou courte maladie 202
D. L'allégaiton d'un motif de licenciement inexact par l'employeur 206
E. Quelques observations sur les droits belge et luxembourgeois 212

Sous-section 2. — Vice objectif 213
A. Le droit allemand 214
B. Le droit hellénique 221
C. Le droit néerlandais 223
D. Le droit italien 224
a) Le régime précédant la réforme 224
b) Le contrôle judiciaire du licenciement après la réforme 226

Chapitre Troisième. — *Le problème de la preuve* 229

Section I. — Les moyens de preuve 229

Section II. — La charge de la preuve de la légitimité du licenciement .. 231
A. La preuve de la rupture abusive à la charge du salarié 232
B. La preuve du motif légitime de licenciement à la charge de l'employeur 238

Chapitre Quatrième. — *Le problème des sanctions* 241

Section I. — Le système du droit français 241

Section II. — Le système du droit allemand 250

Deuxième Partie

LE CONTROLE JUDICIAIRE
DU LICENCIEMENT SANCTIONNATEUR 256

Chapitre Premier. — *La détermination de l'initiative de la rupture du contrat de travail* 257

Section I. — La détermination par le juge de l'auteur de la rupture du contrat de travail 258

Section II. — La modification unilatérale du contrat de travail de la part de l'employeur 263
A. La rétrogradation du salarié 269
B. La modification unilatérale des conditions de rémunération du salarié 271
C. La mutation du salarié 273
D. Observations de droit comparé 278

Chapitre Deuxième. — *Le fondement du licenciement sanctionnateur* 283

Section I. — La faute grave du salarié 284

Sous-section 1. — La résolution judiciaire du contrat de travail 284

A. Droit français 284

B. Droit allemand 291

Sous-section 2. — La faute grave privative du préavis 297

A. La violation par le salarié de ses obligations 309

B. Les actes d'indiscipline au sens large 313

C. La faute lourde du gréviste 316

D. La charge de la preuve de la faute grave du salarié 327

Section II. — La « cause sérieuse » justifiant le licenciement extraordinaire en Allemagne et en Grèce 328

Conclusion 337

Bibliographie 341

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS -- 1267
Dépôt légal : 4e Trimestre 1968

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 255 25-10-68